

RAPPORT DU COMITÉ CONSULTATIF

DU PROCUREOUR GÉNÉRAL SUR LA MÉDIATION

EN DROIT DE LA FAMILLE

KF 535 O5613 1987 c.2
Ontario. Ministry of the Att
Rapport du Comite
consultatif du procureour ge



RAPPORT DU COMITÉ CONSULTATIF

DU PROCUREOUR GÉNÉRAL SUR LA MÉDIATION

EN DROIT DE LA FAMILLE

Rapport du Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille

Table des matières

Rapport du Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille

CHAPITRE 1

INTRODUCTION

En mars 1987, le procureur général Ian Scott a créé le Comité consultatif sur la médiation en droit de la famille. Cette initiative découle de l'intérêt manifesté par le procureur général à l'égard des solutions de rechange de règlement des conflits ainsi que de sa volonté de faciliter l'accès à la justice en Ontario.

Les dispositions tant de la Loi portant réforme du droit de l'enfance que de la Loi de 1986 sur le droit de la famille permettent déjà depuis plusieurs années la médiation en droit de la famille en Ontario. Des récentes modifications à la Loi sur le divorce de 1985 favorisent de façon expresse le recours à la médiation pour résoudre les questions de garde d'enfants et de droit de visite.

Malgré l'existence de ces dispositions législatives et la prestation de certains services de médiation en Ontario, la médiation en droit de la famille n'a pas connu dans la province une évolution continue et cohérente.

La disponibilité des services de médiation et une demande accrue pour ces derniers ont aussi soulevé un certain nombre de questions qui concernent les femmes. Certains ont exprimé des réserves, sérieuses et légitimes d'ailleurs, craignant que les services de médiation pourraient, s'ils n'étaient pas contrôlés, causer une injustice aux femmes et aux enfants maltraités, défavoriser les femmes qui sont, face à leur conjoint, dans une situation inhérente de faiblesse pour négocier et faciliter la garde conjointe des enfants même si, eu égard aux circonstances, elle n'est pas dans l'intérêt des enfants.

En l'absence d'un plan précis de médiation en droit de la famille et pour tenir compte des préoccupations mentionnées ci-dessus, le procureur général Ian Scott a décidé de créer un comité consultatif d'experts dans le domaine pour étudier le rôle de la médiation en droit de la famille et proposer un projet pilote sur la médiation dont une évaluation sérieuse permettrait de décider s'il y a lieu ou non d'affecter des fonds importants à cette forme de règlement des conflits.

Le Comité est composé de personnes qui ont un intérêt professionnel en médiation et en droit de la famille et des connaissances particulières en la matière. Des avocats éminents exerçant dans le domaine du droit de la famille y ont participé, avec des représentants de la magistrature, du gouvernement, des médiateurs et des professionnels de la santé mentale. Des efforts particuliers ont été faits pour obtenir la participation au sein du Comité de personnes de l'extérieur de Toronto et celui-ci comprend des représentants de London, de Kingston et d'Hamilton.

Michael G. Cochrane, avocat à la Division de l'élaboration des politiques au ministère du Procureur général, a présidé le Comité.

Parmi les autres membres, Donna Hackett, conseillère principale aux politiques en matière de justice à la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario, devait veiller à ce que le Comité ait devant lui tous les éléments nécessaires pour bien saisir les problèmes qui préoccupent les femmes dans la médiation en droit de la famille. Le détachement de Mme Hackett de la Direction générale de la condition féminine a pris fin avant que le Comité ait terminé ses délibérations. Elle a été alors remplacée par Celia Denov, directrice de la politique et de la recherche à la Direction générale de la condition féminine.

Grâce au concours précieux du juge Van Duzer de la Cour unifiée de la famille de Hamilton-Wentworth, le Comité a pu bénéficier du point de vue de la magistrature. De plus, Roger Timms, commissaire au droit de la famille, a fourni une description exclusive de la médiation en droit de la famille à la Cour suprême de l'Ontario.

Les avocats exerçant dans le domaine du droit de la famille étaient représentés notamment par Fran Kiteley et Philip Epstein. Ce dernier est président de la Section du droit de la famille du cours de formation professionnelle de la Société du barreau du Haut-Canada.

Le point de vue de l'avocat médiateur a été présenté par Judith Ryan, à la fois avocate et médiatrice de grande expérience. Elle a été aussi présidente de Médiation familiale Canada.

Molly Knowles, coordonnatrice du Projet de médiation Frontenac à Kingston et Joan Kelly des services de médiation de la Cour provinciale (Division de la famille) au 311, rue Jarvis à Toronto et de la Cour unifiée de la famille de Hamilton-Wentworth ont apporté aux travaux du comité leurs connaissances et expériences de médiateurs et d'administrateurs.

Le Dr Peter Jaffe de la Clinique du tribunal de la famille de London et le Dr Gary Austin du Projet de garde et des droits de visite de London ont abordé les travaux dans l'optique des professionnels de la santé mentale. Le Dr Chamberlain, psychiatre, directeur des services de médiation à la Cour suprême et directeur général du Centre George Hull pour les enfants et les familles nous a aussi donné un aperçu du sujet, vu dans l'exercice de sa profession.

À titre de conseillère aux politiques du procureur général, Ian Scott, Shelly Spiegel, qui est aussi avocate et médiatrice, était membre d'office du Comité.

Audrey Devlin, médiatrice exerçant à son compte à Toronto, a fait valoir l'opinion des médiateurs non juristes. Lorsqu'elle a été nommée au Comité, elle était aussi adjointe spéciale à la législation et aux politiques auprès de l'honorable John Sweeney, ministre des Services sociaux et communautaires.

Deux stagiaires de la Division de l'élaboration des politiques au ministère du Procureur général, Robin Alsop et Catherine Welch ont aussi participé aux travaux du Comité.

Le rapport a été élaboré en fonction de ce que les membres du Comité croyaient être les problèmes les plus urgents en matière de médiation en droit de la famille. Au début des travaux, le Comité a identifié les diverses questions à traiter. Au cours des réunions mensuelles, les différents membres du Comité ont présenté des exposés sur ces questions qui ont donné lieu à des débats animés sur les avantages et les désavantages de toute proposition. Souvent, les débats ont permis de dégager un consensus sur la façon de traiter cette question particulière dans le cadre des futurs services de médiation en Ontario.

La Direction générale de la condition féminine de l'Ontario a manifesté son désaccord avec les autres membres du Comité sur certaines questions. Ces divergences sont indiquées dans le texte lorsqu'elles ont des conséquences sur les conclusions du Comité. Au Chapitre 4, intitulé "Préoccupations des femmes", ces divergences sont présentées en Annexe "A".

Le rapport contient aussi les dissidences de Fran Kitely et Judy Ryan.

Bien que le Comité ait passé presque 18 mois à circonscrire les problèmes de la médiation, à en discuter et à proposer des solutions, l'enthousiasme des membres du Comité s'est maintenu jusqu'à la fin. Ce qui suit constitue l'opinion du Comité quant à l'orientation à donner à la médiation en droit de la famille en Ontario.

Note du président:

Le rapport qui suit est une oeuvre de collaboration et le fruit d'un consensus. Chaque membre du Comité a participé et contribué personnellement à l'élaboration du produit final. Il faut souligner que les membres du Comité ont accepté de servir sans rémunération. En plus d'une profonde reconnaissance, chacun d'entre eux mériterait une médaille.

À titre de président du Comité, il me revenait de rédiger et de produire le rapport. Durant toute l'existence du Comité, les projets de textes étaient préparés et circulaient parmi les membres qui, à partir des discussions sur les questions, en arrivaient à un consensus. Lorsqu'un membre du Comité n'était pas d'accord avec les conclusions finales, il rédigeait sa dissidence; en certains cas il a indiqué l'endroit où il voulait que sa dissidence soit insérée dans le rapport. Aucune modification de fond n'a été apportée aux opinions exprimées qui représentent intégralement le point de vue de leur auteur.

Le mérite de la créativité et du caractère approfondi du rapport revient à l'ensemble au Comité. Par contre, si la qualité de l'exposé n'est pas toujours à la hauteur, j'en assume la responsabilité.

Rapport du Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille

CHAPITRE 2

SOMMAIRE

Le Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille, à qui on avait demandé d'examiner le rôle et la fonction de la médiation en droit de famille en Ontario et de proposer un projet pilote sur la médiation, s'est rencontré à compter du mois de juin 1987 jusqu'au mois d'août 1988. Le Comité était composé de quatorze personnes qui étaient intéressées à la médiation en droit de la famille et aux questions touchant son élaboration et qui connaissaient le domaine. En faisaient partie des représentants de la magistrature, du barreau, du gouvernement, des médiateurs ainsi que des professionnels de la santé mentale.

Le Comité a identifié les questions suivantes comme étant celles qui devaient être examinées et résolues pour élaborer un plan global de médiation en droit de la famille en Ontario:

(i) Quel doit être le rôle de la médiation, par opposition à la contestation, dans le règlement des conflits?

(ii) Quelles sont les questions qui peuvent faire l'objet de médiation?

(iii) La médiation doit-elle être volontaire ou obligatoire?

(iv) La médiation doit-elle être complète ou limitée?

(v) A quel moment la médiation peut-elle être plus efficace?

(vi) Quel est le rôle du médiateur?

(vii) Quelle est la nature du travail de sélection préliminaire à la médiation?

(viii) Comment traiter les préoccupations des femmes à l'égard de la violence au foyer, du parti pris des médiateurs et du déséquilibre des forces en présence?

(ix) Quel est le rôle des conseillers juridiques indépendants dans les services de médiation?

(x) Quel est le moyen le plus efficace pour faire connaître aux clients éventuels de la médiation, cette nouvelle solution de rechange de règlement des conflits?

(xi) Quel est le rôle de la vulgarisation juridique en droit de la famille?

(xii) Comment s'assurer que les médiateurs ont les qualités nécessaires pour offrir ce genre de services au public?

(xiii) Quel est le meilleur modèle de prestation des services de médiation?

(xiv) Comment uniformiser les services de médiation dans l'ensemble de la province?

(xv) Comment évaluer un service de médiation déjà établi?

(xvi) Quel est le rôle, le cas échéant, du modèle de médiation à l'égard des autres questions relatives à la surveillance des droits de visite ou à l'arbitrage dans les conflits familiaux?

Les membres du Comité ont engagé un débat sérieux et enthousiaste sur les réponses à donner à ces questions et sur les solutions à y apporter. Le Comité, sous réserve des dissidences indiquées à différents endroits dans le rapport, en est arrivé à un consensus sur plus de cinquante points principaux qui peuvent se résumer comme suit:

(i) Sommaire des conclusions du Comité sur la médiation en droit de la famille.

Conclusion 1. La médiation en droit de la famille est une solution de rechange, volontaire et non antagonique, de règlement des conflits par laquelle un médiateur impartial aide des clients, dans des positions de négociation relativement égales, à conclure une entente mutuellement satisfaisante sur des questions concernant la famille. En aidant les clients à arriver à une entente, la médiation se veut un moyen de favoriser l'observation de cette entente et de réduire ainsi le recours aux tribunaux, soit pour l'appliquer soit pour la clarifier.

Conclusion 2. La médiation vise aussi à donner aux clients certaines compétences en matière de négociation qui leur permettent de régler eux-mêmes leurs futurs différends. La médiation peut réduire la tension et l'antagonisme au sein de la famille et la dilapidation, par des contestations judiciaires, des biens familiaux. Elle peut aussi contribuer à diminuer le nombre de causes en droit de la famille devant les tribunaux, réduisant ainsi le coût de l'administration de la justice.

Conclusion 3. La médiation en droit de la famille n'est pas un substitut aux tribunaux ni à la procédure antagonique dans les conflits familiaux. Elle n'est pas uniquement une solution de rechange à la procédure antagonique mais un complément à cette dernière.

Conclusion 4. La médiation en droit de la famille en Ontario est disponible sur une base volontaire, c'est-à-dire que si les deux parties y consentent. Cette médiation est disponible en vertu des dispositions de la Loi de 1986 sur le droit de la famille et de la Loi portant réforme du droit de l'enfance et est spécifiquement encouragée par les dispositions de la Loi sur le divorce de 1986.

Conclusion 5. La médiation en droit de la famille en Ontario est une réalisation positive qui devrait être beaucoup plus accessible, selon le modèle proposé par le Comité.

Conclusion 6. Les services de médiation existants en Ontario consistent en une série de programmes disparates qui ne sont ni financés ni appuyés de façon cohérente. Bien que certains services existants répondent aux besoins, ils ne sont pas accessibles dans l'ensemble de la province. La médiation devrait être accessible aux personnes de toutes les régions de l'Ontario.

Conclusion 7. Le modèle de médiation proposé pour l'Ontario doit être global et, par conséquent, accessible à toutes les questions familiales. La médiation offerte dans le modèle proposé par le Comité ne s'appliquerait pas à la médiation des cas de violence au foyer.

Conclusion 8. La médiation en droit de la famille ne peut être efficace que si ceux qui y ont recours y participent volontairement. Par conséquent la médiation en Ontario doit être accessible sur une base volontaire. Tant les clients que le médiateur doivent pouvoir y mettre fin en tout temps.

Conclusion 9. Bien que la médiation doive être volontaire, la prestation de services de médiation financés par les fonds publics ou le recours au tribunal de la famille devrait être assujetti à l'obligation, imposée par une règle de procédure, de participer au tout début du processus à une séance de vulgarisation juridique. Le tribunal pourrait dispenser les parties de cette obligation dans certaines affaires, comme celles comportant de la violence, ou lorsque c'est dans l'intérêt des enfants.*

<u>Conclusion 10</u>.

Nos recherches effectuées jusqu'à présent ne nous permettent pas de conclure que la médiation soit un fardeau pour les clients. Toutefois, des préoccupations sérieuses et légitimes ont été soulevées quant aux conséquences possibles de la médiation sur les conjoints et les enfants. L'accessibilité à la médiation en droit de la famille et l'incitation à y participer devraient être assujetties à la mise en place de garanties suffisantes, comme celles établies dans le modèle, pour assurer (i) la protection des enfants et des conjoints battus, (ii) la prise en considération du déséquilibre des forces entre les conjoints et (iii) la protection contre le parti pris du médiateur.*

<u>Conclusion 11</u>. Les séances de vulgarisation juridique devraient fournir des renseignements uniformes relativement:

(i) au droit de la famille en général;
(ii) au rôle et à la fonction de la médiation;
(iii) au rôle et à la fonction de la procédure antagonique devant les tribunaux;
(iv) aux droits et obligations des conjoints ainsi qu'aux droits des enfants en droit de la famille;
(v) aux ressources locales disponibles.

<u>Conclusion 12</u>. La séance de vulgarisation juridique devrait faire partie des garanties mentionnées à la Conclusion 10 et mettre l'accent sur les questions de la violence au foyer, du déséquilibre des forces entre les conjoints et du parti pris du médiateur.

<u>Conclusion 13</u>. Les séances de vulgarisation juridique ne doivent pas permettre, ni faciliter indirectement, des contacts non désirés entre les conjoints ou autres clients qui ne devraient pas être obligés d'y assister ensemble. Les séances devraient être dispensées aux parties séparément. La séance de vulgarisation peut être offerte à des groupes ou à des individus, selon la formule des conférences-séminaires ou encore à l'aide de vidéocassettes.

<u>Conclusion 14</u>. Les séances de vulgarisation juridique peuvent susciter des questions quant à la médiation ou à la procédure antagonique. Un médiateur et un avocat devraient être disponibles pour répondre à ces questions si les clients le désirent.

<u>Conclusion 15</u>. Les familles en situation de conflit et le public en général ont besoin de plus de renseignements au sujet du droit de la famille, de la procédure antagonique et de la médiation. Le ministère du Procureur général, de concert avec d'autres

ministères et organismes, la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario, les associations représentant les médiateurs et les avocats ainsi que les autres groupes concernés devraient offrir de la vulgarisation juridique sur les services de médiation et la procédure antagonique afin que les clients soient bien renseignés.

Conclusion 16. La violence au foyer, pour les fins de ce rapport, se définit comme suit: l'intention d'un conjoint d'intimider, soit par des menaces soit par l'usage de force physique contre la personne ou les biens de l'autre conjoint. L'objet de l'agression est de contrôler le comportement du conjoint en lui inspirant un sentiment de crainte. Le déséquilibre entre les pouvoirs de négociation de la victime et de l'agresseur demeure sous-jacent dans tous les cas d'agression.

Conclusion 17. Les actes de violence au foyer peuvent être traités de façon plus efficace par l'application des dispositions du Code criminel relatives à l'agression et des infractions provinciales prévues dans la Loi de 1986 sur le droit de la famille et la Loi portant réforme du droit de l'enfance.

Conclusion 18. Les actes de violence ainsi que les infractions prévues au Code criminel et aux lois provinciales mentionnées ci-dessus ne devraient jamais faire l'objet de médiation. De plus, ces infractions ne devraient jamais être prises en considération dans les négociations ou dans la médiation portant sur d'autres questions concernant la famille.*

Conclusion 19. Le modèle de médiation doit prévoir les moyens nécessaires pour éliminer, des usagers éventuels de la médiation, les personnes qui en raison de la violence en leur foyer sont inaptes à négocier ou à participer à la médiation.*

Conclusion 20. A toutes les étapes de la médiation, mais particulièrement au moment de la sélection des clients, le service de médiation doit faire tous les efforts pour identifier les usagers éventuels qui ont été victimes ou sont victimes de violence au foyer. Le service de médiation doit décider si la violence en cause met les clients dans une situation d'inégalité qui empêcherait la négociation.*

Conclusion 21. Les personnes responsables de faire la sélection pour le service de médiation devraient avoir une formation particulière pour être capables de reconnaître les signes de violence au foyer et traiter de ces questions et de créer une ambiance dans laquelle les conjoints se sentiront à l'aise de divulguer l'existence de violence.

Conclusion 22. Lorsqu'un client a été identifié comme ayant été victime de violence au foyer et, en conséquence, inapte à négocier, la médiation prend fin et le client est encouragé à consulter immédiatement un avocat indépendant et à envisager, dans les meilleurs délais, la demande d'ordonnances de protection.*

Conclusion 23. Les décisions quant à savoir si la violence au foyer dont est victime un client le rend inapte à négocier sont nécessairement subjectives. En prenant une telle décision, le médiateur ou la personne responsable de la sélection devrait plutôt pécher par excès de prudence et mettre fin à la médiation lorsqu'il est révélé qu'il existe de la violence au foyer.*

Conclusion 24. Lorsque la violence au foyer est connue mais que la personne responsable de la sélection ou le médiateur conclut que cette violence ne rend pas le client inapte à négocier et que ce dernier veut avoir recours à la médiation et a consulté un avocat indépendant, le médiateur devrait encore mener la médiation de façon à offrir la protection maximale au conjoint victime de cette violence. En pareilles circonstances, le médiateur devrait envisager de voir les clients séparément, de faire la navette entre eux lors de la médiation et de les inciter à consulter fréquemment leurs avocats respectifs et à recourir à d'autres mesures de protection.*

Conclusion 25. Les liens entre la violence au foyer, la médiation, la procédure antagonique et l'échec du mariage doivent être examinés comme un élément de l'évaluation générale du service de médiation.

Conclusion 26. La médiation devrait être accessible avant le début des procédures judiciaires, pendant l'instance ainsi qu'une fois que celle-ci est terminée.

Conclusion 27. Les règles relatives aux affaires matrimoniales devraient être modifiées de façon à prévoir qu'avant le début des procédures judiciaires, l'un des conjoints peut demander la médiation et que, sur réception d'une demande conjointe en ce sens, des services de médiation seront offerts aux parties.

Conclusion 28. Le moment où intervient la médiation est important. D'après certaines constatations, la médiation peut être efficace au début du processus, avant que la dépense d'énergie et d'argent par les parties dans le litige ne les ait placées dans une situation irréconciliable. D'autres faits démontrent que la médiation peut également être efficace ultérieurement au cours de l'instance lorsque les clients sont las de la confrontation. Le moment le plus propice pour

l'intervention varie d'une affaire à l'autre. Il est par conséquent assez difficile de généraliser, sauf pour mentionner que la médiation devrait être accessible à toutes les étapes du conflit.

Conclusion 29. Des questions ont été soulevées au sujet du caractère confidentiel de la médiation et de la formule qui devrait être disponible, notamment si la médiation devait être complète ou limitée. La Loi portant réforme du droit de l'enfance et la Loi de 1986 sur le droit de la famille prévoient actuellement le recours aux deux modes de médiation. Selon la première formule, à la fin de la médiation le médiateur dépose un rapport complet sur la médiation, y compris tout point qu'il juge pertinent. En pareil cas, la preuve des propos tenus pendant la procédure de médiation ou des déclarations ou des aveux qui ont été faits est admissible dans une instance, que les deux parties y consentent ou non. Selon la seconde formule, à la fin de la médiation, le médiateur dépose un rapport limité qui précise seulement les conditions de l'entente conclue entre les parties ou le fait que celles-ci ne sont pas parvenues à une entente. La preuve des propos tenus pendant la procédure de médiation ou des déclarations ou des aveux qui ont été faits n'est pas alors admissible sans le consentement de toutes les parties à l'instance.

Conclusion 30. Les deux formes de médiation, complète ou limitée, ont leurs avantages et désavantages. Toutefois, elles doivent être toutes deux accessibles dans tout modèle de médiation disponible en Ontario. Le choix entre les deux formules devrait être laissé aux clients qui devraient pouvoir décider en connaissance de cause. Le médiateur devrait les informer, avant le début de la médiation, des conséquences du recours à l'une ou l'autre formule. Par exemple, les clients devraient savoir que le médiateur est légalement tenu, indépendamment de la formule choisie, de faire rapport aux autorités compétentes s'il apprend que les enfants ont été maltraités. En revanche, la découverte d'actes de violence au foyer au cours d'une médiation limitée n'entraîne pas une obligation semblable de divulgation. En offrant le choix entre les deux formes de médiation, il est également possible d'évaluer leurs forces et faiblesses respectives.

Conclusion 31. La médiation devrait inclure une méthode confidentielle de sélection qui fournirait au médiateur toute l'information possible sur les clients et permettrait de faire un tri parmi eux en prenant en considération:

(i) leurs dispositions pour la médiation;
(ii) la violence au sein de la famille;
(iii) le déséquilibre des forces entre les clients;
(iv) le consentement des parties;

(v) le besoin de faire appel à des solutions de rechange de règlement des conflits (v.g. la contestation, l'arbitrage);
(vi) le besoin de préparer les clients à la médiation en intervenant avant la médiation;
(vii) le besoin d'aiguiller vers d'autres formes d'intervention (v.g. la consultation, l'évaluation, la thérapie, les établissements protégés).

<u>Conclusion 32</u>. La procédure de sélection devrait être menée par une personne autre que le médiateur auquel les clients auront éventuellement recours. Chaque client devrait être vu séparément. En aucun cas les deux parties ne devraient être présentes en même temps lors de cette sélection.

<u>Conclusion 33</u>. Les médiateurs ne devraient pas donner de conseils juridiques à leurs clients; ils devraient les prévenir de ce fait dès le début. Ils devraient les encourager à consulter des avocats indépendants avant de commencer les négociations et avant de conclure toute entente.

<u>Conclusion 34</u>. Les clients devraient être en mesure de prendre des décisions éclairées durant la médiation. La consultation d'avocats indépendants devrait être possible et fortement encouragée par les médiateurs à toutes les étapes de la médiation et particulièrement au tout début du processus, avant le commencement des négociations et aussi avant la conclusion de toute entente.

<u>Conclusion 35</u>. A la fin de la médiation, les médiateurs devraient fournir aux clients un mémoire résumant leur interprétation des points sur lesquels il y a eu accord et désaccord.

<u>Conclusion 36</u>. Le Comité recommande que les médiateurs qui utiliseront le modèle de médiation proposé ne rédigent pas le texte de l'entente finale conclue entre les parties.

<u>Conclusion 37</u>. Le rôle du médiateur en droit de la famille est d'agir comme un conciliateur neutre qui aide les clients à résoudre leurs différends. Pour bien remplir ce rôle, le médiateur devrait:

(i) être impartial en reconnaissant que les deux parties sont ses clients;
(ii) diriger la procédure de médiation;
(iii) restreindre la médiation aux questions arrêtées, après consultation avec les clients;
(iv) établir un calendrier raisonnable pour le règlement des questions en litige;

(v) compenser le déséquilibre entre les forces des parties en présence;

(vi) obtenir et partager toutes les données pertinentes aux questions en litige, y inclus les déclarations assermentées sur les biens et sur la situation financière des parties (qu'une action ait été intentée ou non), selon les modalités prévues aux règles de procédure des différents tribunaux de la famille;

(vii) s'acquitter de sa tâche avec discrétion en tenant compte que tous les renseignements sont privilégiés, sauf lorsque le rapport de médiation est complet ou qu'il y a une obligation légale de divulgation;

(viii) chercher à obtenir un consensus sur le plus grand nombre des questions en litige;

(ix) lorsqu'il y a des enfants:
- a) prendre en considération l'intérêt des enfants avant celui des clients,
- b) faire participer, s'il l'estime utile, les enfants au processus, (par des entrevues à part);

(x) demeurer attentif aux besoins des clients pour d'autres professionnels (v.g. évaluateurs, avocats, officiers de justice, conseillers, psychiatres, psychologues, fonctionnaires du bureau du Tuteur public, travailleurs sociaux, responsables des établissements protégés);

(xi) s'en tenir à la médiation (seul ou avec l'aide d'autres professionnels) et s'abstenir de porter des jugements ou de donner des conseils juridiques ou psychiatriques;

(xii) promouvoir la coopération en:
- a) réduisant la tension;
- b) civilisant le conflit;
- c) faisant dévier les arguments vers la discussion;
- d) transformant les discussions en négociations;
- e) dirigeant les négociations vers un consensus;
- f) décrivant l'entente comme une conclusion positive, conciliatoire et réalisable;

(xiii) aider les clients à développer des aptitudes de négociation qui leur permettront de régler leurs futurs différends;

(xiv) demeurer vigilant et sensible à toutes les questions de violence au foyer et de déséquilibre de forces entre les parties.

<u>Conclusion 38</u>. Les qualités des médiateurs et leurs normes de déontologie sont d'une importance fondamentale pour cette méthode parallèle de règlement des conflits. Par conséquent, les médiateurs devraient être reconnus et assujettis à une réglementation dans un cadre visant à protéger les consommateurs. L'Association ontarienne pour la médiation familiale et Médiation familiale Canada devraient s'assurer que les méthodes de reconnaissance de la profession et de la réglementation soient élaborées en consultation avec le

gouvernement et les autres groupes concernés. Si la médiation doit devenir une nouvelle profession commandant le respect, cette consultation doit surtout porter sur la formation théorique et pratique, les stages et les normes de déontologie.

Conclusion 39. Il est essentiel que les associations de médiateurs voient à l'élaboration de cours complets pour donner aux médiateurs une formation à la fois théorique et pratique. Elles doivent s'assurer que ces cours soient offerts dans les universités, les collèges communautaires et autres institutions reconnues.

Conclusion 40. Tout projet de réglementation devrait notamment porter sur les normes d'enseignement et les qualités requises des médiateurs, le droit exclusif accordé par licence par opposition au titre réservé par agrément, la formation permanente, la discipline et les assurances.

Conclusion 41. Les gouvernements fédéral et provincial devraient partager le coût du financement du modèle de médiation proposé par le Comité. Il faudrait tenir compte dans l'examen des besoins de financement, de la possibilité d'imposer un ticket modérateur.

Conclusion 42. Bien que la responsabilité du financement doive être partagée, la mise en application du modèle de médiation proposée par ce Comité ne devra pas être retardée dans l'attente du résultat de négociations fédérales-provinciales sur le sujet.

Conclusion 43. Le Comité fédéral-provincial sur la politique en droit de la famille devrait se pencher, dans les meilleurs délais, sur la mise sur pied de modes préliminaires de financement des services de médiation.

Conclusion 44. Le modèle de médiation proposé par le Comité devrait être disponible dans l'ensemble de la province lorsque la demande et les besoins le justifient.

Conclusion 45. Les services de médiation devraient être offerts, financés et organisés de façon semblable au régime de financement des cliniques d'aide juridique de sorte que les conseils d'administration des différentes collectivités seraient chargés de faire des propositions quant aux services de médiation à offrir dans leur localité. Pour être examiné par le "Comité de financement de la médiation", le service de médiation proposé devra se conformer aux normes de base du modèle de médiation établies par le Comité.

Conclusion 46. Le Comité de financement de la médiation serait composé de représentants du gouvernement, de médiateurs, d'avocats et d'autres groupes intéressés. Ce comité (doté d'un

personnel de soutien) serait chargé de la mise sur pied et de l'évaluation centrale des services de médiation approuvés. Le comité examinerait lui-même les propositions de services de médiation faites par les collectivités, déterminerait le mode de financement, établirait les politiques et s'assurerait qu'elles sont conformes avec le modèle de médiation et surveillerait l'évaluation prévue à la Conclusion 47.

Conclusion 47. L'évaluation de la médiation en droit de la famille est d'importance fondamentale et le rassemblement des données pour faire cette évaluation fait partie des services de médiation mis sur pied. L'évaluation devrait comprendre une analyse comparative complète de la médiation et de la procédure antagonique, notamment:

a) la façon dont la médiation, par opposition à la procédure antagonique, traite des préoccupations relatives (i) à la violence au foyer, (ii) au déséquilibre des forces entre les conjoints, (iii) au parti pris du médiateur;
b) les réactions de la collectivité et des groupes d'intérêt à l'égard des services de médiation offerts;
c) une analyse comparative des coûts de la médiation et de la contestation judiciaire;
d) les moments où la médiation est disponible;
e) le degré de satisfaction des usagers de la médiation, par opposition à la procédure antagonique (l'évaluation devant être fondée sur les résultats de la médiation et sur des sondages parmi les clients qui y ont eu recours);
f) la durée des ententes conclues par médiation par opposition aux ordonnances des tribunaux;
g) les clients les plus aptes à profiter de la médiation et ceux qui le sont le moins;
h) le temps nécessaire au règlement des conflits par la médiation par opposition au temps requis par la procédure antagonique;
i) les avantages et les désavantages du ticket modérateur;
j) les avantages des évaluations faites par un évaluateur compétent, autre que le médiateur, lorsque la médiation n'a pas abouti;
k) les avantages et les désavantages de la médiation complète ou limitée;
l) les incidences et les conséquences de la présence de violence au foyer;
m) le besoin d'autres services de concert avec la médiation;
n) les qualités requises et l'expérience des médiateurs et des avocats exerçant en droit de la famille;

Conclusion 48. Toute proposition faite au Comité de financement de la médiation pour obtenir des fonds pour des services de médiation doit inclure un engagement de rassembler les données (tout en respectant le caractère confidentiel des renseignements obtenus des clients) pour aider à l'évaluation des éléments décrits à la Conclusion 47.

Conclusion 49. L'évaluation des données recueillies par les services de médiation devrait incomber d'abord au ministère du Procureur général et être coordonnée par le Comité de financement de la médiation. Les services locaux devraient aussi être en mesure d'entreprendre leurs propres recherches sur les questions reliées à la médiation.

Conclusion 50. Les services de médiation devraient être encouragés à jouer un rôle important à l'égard des droits de visite des enfants. Ces services devraient disposer d'un local pour assurer la surveillance des droits de garde et de visite et servir d'endroit où les enfants peuvent être recueillis et laissés pour l'exercice du droit de visite.

Conclusion 51. Les gouvernements et les groupes intéressés devraient examiner plus à fond le besoin d'établir des cliniques d'aide juridique de type communautaire pour tout ce qui touche au droit de la famille.

Conclusion 52. La fonction de l'arbitrage en droit de la famille et le besoin, le cas échéant, d'une réforme législative devraient faire l'objet d'une étude plus approfondie.

(Note: Un astérisque suit les Conclusions 9, 10, 18, 19, 20, 22, 23 et 24. Il s'agit de conclusions auxquelles ne souscrit pas la Direction générale de la condition féminine).

(ii) Le modèle de médiation recommandé: sommaire des lignes directrices

Après en être arrivé à ces conclusions particulières, le Comité a voulu examiner quelle devrait être la nature du modèle de service de médiation. Il a conçu le modèle suivant qu'il appelle "Centre de médiation."

Pour le décrire, le Comité a retenu les six grandes divisions suivantes: A) son objet; B) ses installations; C) sa direction et son personnel; D) sa tâche; E) ses ressources; F) son évaluation.

A. Son objet

Un Centre de médiation devrait:

(i) fournir à la collectivité des services de médiation complets, sur une base volontaire;

(ii) rendre le public plus conscient de l'existence de la médiation et de son accessibilité dans la collectivité;

(iii) favoriser la médiation comme moyen de résoudre les conflits familiaux;

(iv) fournir l'occasion de faire une évaluation en profondeur du rôle de la médiation en droit de la famille, de préciser ses avantages et ses désavantages et de proposer, si nécessaire, des solutions.

B. Les installations

(i) le Centre devrait être logé au même endroit que le tribunal de la famille ou dans les environs;

(ii) il devrait avoir des heures d'ouverture prolongées (soit des heures flexibles pour le personnel) afin de répondre aux besoins des clients en dehors des heures régulières de travail;

(iii) les membres du personnel devraient avoir des bureaux individuels fermés en raison du caractère confidentiel et privé de leur travail;

(iv) il devrait y avoir des bureaux particuliers pour procéder aux entrevues de sélection;

(v) il devrait y avoir une grande salle de conférence pour les réunions du personnel et d'autres groupes (p. ex. les membres de la collectivité);

(vi) il devrait y avoir une garderie où les clients pourraient laisser les enfants pendant qu'ils utilisent les services de médiation.

C. La direction et le personnel

(i) l'administration du Centre devrait être confiée à un directeur;

(ii) le directeur devrait être assisté par un comité consultatif local composé de représentants de la magistrature, du barreau local ainsi que du public. Ce comité devrait assurer la liaison avec chacun de ces groupes;

(iii) le Centre devrait avoir des médiateurs à plein temps; d'autres médiateurs, dont les honoraires seraient payés sur une base contractuelle, devraient être engagés lorsqu'il y a un surplus de travail ou des cas méritant une attention particulière ou encore pour continuer une relation déjà établie entre un médiateur et un client;

(iv) il faudrait établir les qualités requises des médiateurs qui devraient satisfaire, à tout le moins, aux directives actuelles de l'Association de l'Ontario pour la médiation familiale et de Médiation familiale Canada;

(v) tous les médiateurs devraient avoir reçu une formation destinée particulièrement à les sensibiliser aux cas de violence au foyer et d'exploitation sexuelle et au déséquilibre de forces entre les parties ainsi qu'à les aider à servir ces clients;

(vi) des professionnels de la santé mentale devraient être disponibles pour aider le Centre dans l'accomplissement de sa tâche;

(vii) des conseillers financiers, dont les honoraires seraient payés sur une base contractuelle, devraient être accessibles dans la localité, pour aider tant les médiateurs que les clients en matière d'évaluation des biens et d'autres questions d'ordre financier;

(viii) un avocat devrait être disponible pour la vulgarisation et l'information juridiques. Cet avocat ne devrait ni conseiller ni représenter l'un ou l'autre des conjoints. Il serait responsable de la vulgarisation en matière de droit de la famille et de médiation et de la formation permanente du personnel en droit de la famille. Des étudiants en droit pourraient aider l'avocat et obtenir des crédits en droit ou en médiation pour le travail ainsi accompli;

(ix) le conseil d'administration communautaire devrait être chargé d'entendre les plaintes reçues de la magistrature, du barreau ou des clients à l'égard du service et de prendre des mesures en conséquence;

(x) le Centre devrait se doter du personnel de soutien et d'administration nécessaire à son bon fonctionnement.

D. Sa tâche

(i) Les services de médiation offerts devraient être volontaires et complets en traitant notamment des questions de garde, de droit de visite, d'obligation alimentaire, de partage des biens et de divorce;

(ii) la médiation devrait être accessible avant que les procédures soient intentées, pendant l'instance et après que celle-ci est terminée;

(iii) la médiation ne devrait pas être accessible dans les cas d'infractions prévues à la Loi portant réforme du droit de l'enfance ou à la Loi sur le droit de la famille ou d'agression contre des membres de la famille;

(iv) il y aurait lieu d'insister pour que les parties aient recours à des conseillers juridiques indépendants à toutes les étapes, particulièrement avant de signer toute entente;

(v) le Centre devra aussi agir à titre de service d'aiguillage pour les avocats spécialistes en droit de la famille dans la collectivité (la liste de ces avocats devrait être établie par le conseil d'administration communautaire de concert avec la Section de l'Ontario de l'Association du Barreau Canadien et la Société du barreau du Haut-Canada;

(vi) il faudrait établir une méthode particulière de sélection pour connaître les besoins précis du client et identifier les affaires où il pourrait exister de la violence au foyer ou un déséquilibre entre les parties;

(vii) le Centre devrait avoir son propre équipement audiovisuel pour ses services de vulgarisation et de formation du personnel en matière de médiation et de droit de la famille;

(viii) les personnes qui désirent avoir recours aux services du Centre devraient être tenues d'assister à au moins une séance de vulgarisation en matière de droit de la famille;

(ix) le Centre de médiation devrait offrir des cours comme ceux actuellement offerts par la Cour suprême de l'Ontario et intitulés "Expérience de la séparation et du divorce" (voir la rubrique (iii) au chapitre 5). Aussi tant les séances de vulgarisation que les cours devraient être sous la direction de l'avocat du Centre responsable de la formation juridique;

(x) le Centre devrait utiliser les services d'évaluation existants dans la collectivité et, en l'absence de tels services, en fournir pour les questions relatives à la garde et au droit de visite;

(xi) le Centre devrait servir d'endroit pour assurer la surveillance des ordonnances et des ententes relatives à la garde des enfants et au droit de visite. Il devra fournir un local où les parents peuvent recueillir les enfants et les déposer, que ce soit en vertu d'une ordonnance du tribunal ou d'une entente entre les parents;

(xii) des services d'interprétation devraient être disponibles.

E. Ses ressources

(i) Le Centre devrait être financé par les gouvernements. On devrait demander le paiement d'un ticket modérateur à certains usagers selon une échelle mobile;

(ii) bien que les services du Centre puissent être gratuits en certains cas les clients devraient payer,en plus du ticket modérateur, les coûts des experts du secteur privé retenus pour des évaluations;

(iii) toutes les demandes de conseils juridiques indépendants devraient être adressées aux avocats du secteur privé de la localité. Les clients devraient assumer les honoraires de ces avocats indépendants.

F. Son évaluation

(i) les installations devraient comprendre un système informatisé des dossiers et des données qui faciliteraient l'analyse et l'évaluation de tous les aspects du Centre;

(ii) l'évaluation devrait considérer notamment:

a) la façon dont la médiation, par opposition à la procédure antagonique, traite des questions relatives (i) à la violence au foyer, (ii) au déséquilibre des forces entre les conjoints, (iii) au parti pris du médiateur;

b) les réactions de la collectivité et des groupes d'intérêts à l'égard des services de médiation offerts;

c) une analyse comparative du coût de la médiation en regard de la contestation judiciaire;

d) les moments où la médiation est accessible;

e) le degré de satisfaction des usagers de la médiation, par opposition à la procédure antagonique, (qui devrait être évalué en se fondant sur les résultats de la médiation et par des sondages parmi les clients qui y ont eu recours);

f) la durée des ententes conclues par médiation par opposition aux ordonnances des tribunaux;
g) les clients les plus aptes à profiter de la médiation et ceux qui le sont le moins;
h) le temps nécessaire au règlement des conflits par la médiation par opposition au temps requis par la procédure antagonique;
i) les avantages et les désavantages du ticket modérateur;
j) la valeur des services d'un évaluateur qualifié autre que le médiateur en cas d'échec de la médiation;
k) les avantages et les désavantages de la médiation limitée et de la médiation complète;
l) les effets de la violence contenue au foyer;
m) le besoin de services connexes à la médiation;
n) les qualités et l'expérience requises des médiateurs et des avocats spécialisés en droit de la famille.

(iii) Conclusion

Le Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille est d'avis que la médiation en droit de la famille a eu un aspect positif. Elle offre aux clients une solution de rechange de règlement des conflits familiaux, souvent d'une façon durable et amicale.

Comme toute initiative nouvelle, la médiation a connu une saine évolution et le phénomène se poursuit. On continue à se préoccuper des effets de la médiation sur les clients vulnérables ainsi que sur les conséquences du parti pris possible du médiateur. Le Comité est convaincu que, même s'il s'agit là de préoccupations légitimes, elles ne sont pas sans solution et ne justifient certainement pas l'abandon ou le rejet de la médiation en droit de la famille. Le Comité suggère plutôt de se pencher sur ces questions et d'élaborer des garanties afin d'assurer que ces clients vulnérables ne soient pas traités de façon injuste dans le cadre de cette nouvelle méthode valable de règlement des conflits.

Sur certaines questions le Comité n'est pas unanime. La Direction générale de la condition féminine de l'Ontario n'a pas souscrit à chacune des conclusions du Comité. Comme nous l'avons indiqué dans le sommaire, ces conclusions sont suivies d'un astérisque. Fran Kiteley et Judy Ryan sont aussi en désaccord avec certaines conclusions du Comité. Le rapport contient des commentaires particuliers sur les domaines où il y a eu désaccord et ces commentaires ont été rédigés par le membre dissident. Lorsqu'il est fait état de tels désaccords, il n'y a pas eu bien sûr unanimité du Comité à l'égard de la conclusion particulière qui a suivi la discussion.

Le Comité est d'avis que les services de médiation, élaborés selon le modèle des lignes directrices précédentes, devraient être offerts dans l'ensemble de la province lorsqu'ils sont requis et demandés.

Rapport du Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille

CHAPITRE 3

MÉDIATION EN DROIT DE LA FAMILLE EN ONTARIO UN BREF HISTORIQUE

En quoi consiste la médiation?

La médiation en droit de la famille est une solution de rechange, volontaire et non antagonique, de règlement des conflits par laquelle un médiateur impartial aide des clients, dans des positions de négociation relativement égales, à conclure une entente mutuellement satisfaisante sur des questions concernant la famille. En aidant les clients à arriver à une entente, la médiation se veut un moyen de favoriser l'observation de cette entente et de réduire ainsi le recours aux tribunaux, soit pour l'appliquer soit pour la clarifier.

La médiation vise aussi à donner aux clients certaines connaissances en matière de négociation qui leur permettent de régler eux-mêmes leurs futurs différends. La médiation peut réduire la tension et l'antagonisme au sein de la famille et la dilapidation, par des contestations judiciaires, des biens familiaux. Elle peut aussi contribuer à diminuer le nombre de causes en droit de la famille devant les tribunaux, réduisant ainsi le coût de l'administration de la justice.

Bien que la médiation se confonde souvent avec d'autres méthodes similaires, elle est différente de la négociation, de l'arbitrage et de la thérapie familiale et ne se veut pas non plus une forme de consultation. Plusieurs des méthodes utilisées dans ces formes de règlement de conflits peuvent être employées en médiation familiale mais le processus de la médiation et ses objectifs sont bien distincts.

Ce caractère distinctif peut être attribué à un certain nombre de facteurs. D'abord et avant tout les médiateurs eux-mêmes considèrent le processus de médiation comme transcendant la situation du conflit à résoudre. Contrairement à la contestation judiciaire ou à l'arbitrage, la médiation donne au client le pouvoir de prendre des décisions personnelles et met l'accent sur cette responsabilité. On a aussi remarqué que la médiation ne vise pas uniquement à solutionner un problème mais encore à réduire le conflit à des proportions maniables. Pour en arriver à cette fin, le processus met l'accent sur l'élaboration

d'une méthode pour résoudre le conflit et non sur les situations personnelles des parties en présence.

En même temps la médiation développe chez les usagers des aptitudes qui peuvent les rendre capables de résoudre eux-mêmes leurs futurs désaccords. Sous plusieurs aspects, la médiation aide les clients à comprendre les motifs sous-jacents au conflit survenu dans la famille. Bien que le processus n'en soit pas un de psychothérapie ou de consultation, il peut amener à comprendre que les traits de caractère, la colère ou d'autres motifs constituent des éléments des problèmes ou des différends sous-jacents.

Dans son volume "The Mediation Process", Christopher Moore énonce ce qu'il considère être les douze étapes de la médiation. Le tableau suivant représente très bien en quoi consiste la médiation et comment elle fonctionne comme processus de règlement des différends.

1re étape: premiers contacts avec les parties en conflit

* Établir les premiers contacts avec les parties en conflit
* Créer un climat de confiance
* Promouvoir la coopération
* Aider les parties à comprendre le processus de médiation
* Accroître l'engagement à la procédure

2e étape: choix d'une stratégie pour guider la médiation

* Aider les parties à évaluer les diverses méthodes de règlement du conflit
* Aider les parties à choisir la méthode
* Coordonner les méthodes choisies par les parties

3e étape: cueillette et analyse de l'information documentaire

* Cueillette et analyse de l'information pertinente sur les parties concernées, l'évolution des événements et le fond du litige
* Vérifier l'exactitude de l'information
* Minimiser l'importance de l'information inexacte ou non disponible

4e étape: élaborer un plan de médiation détaillé

* Identifier les stratégies et les actions ultérieures permettant aux parties de trouver une solution
* Identifier les actions éventuelles pour répondre à la situation particulière du conflit

5e étape: Favoriser la confiance et la collaboration

* Préparer psychologiquement les parties en conflit à la négociation des questions de fond
* Maîtrise des fortes émotions
* Vérifier les perceptions et réduire les effets des stéréotypes
* Promouvoir la reconnaissance de la légitimité des parties et des points en litige
* Bâtir la confiance
* Clarifier la communication

6e étape: début de la session de médiation

* Entamer les négociations entre les parties
* Afficher une attitude ouverte et positive
* Établir des règles de base et des directives de comportement
* Aider les parties à exprimer leurs émotions
* Délimiter les sujets de discussion
* Aider les parties à explorer des engagements, des points saillants et d'influence

7e étape: définir les questions en litige et établir l'ordre de jour

* Identifier les grandes questions qui préoccupent les parties
* Obtenir l'accord sur les questions devant être discutées
* Déterminer l'ordre dans lequel les question seront abordées

8e étape: découvrir les intérêts cachés des parties
* Identifier les intérêts des parties sur les plans du fond, de la procédure et de la psychologie des parties
* Aider les parties à comprendre leurs intérêts réciproques

9e étape: proposer des solutions de règlement
* Expliquer aux parties l'importance de trouver des solutions
* Ramener les parties à des positions de base ou leur proposer des choix
* Proposer des solutions en ayant recours à la négociation selon les intérêts ou la position

10e étape: évaluer les solutions de règlement
* Examiner les intérêts des parties
* Voir comment les solutions proposées peuvent répondre aux intérêts des parties
* Évaluer les coûts et les avantages des solutions suggérées

11e étape: négociation finale
* Viser des ententes par le rapprochement progressif des positions, l'entente sur un règlement global, la mise en oeuvre d'une formule consensuelle ou l'établissement d'une procédure en vue de faciliter une entente

12e étape: règlement formel
* Identifier les étapes de procédure pour la mise en oeuvre de l'entente
* Établir un processus d'évaluation et de vérification
* Formaliser le règlement et créer un mécanisme d'application et d'engagement

<u>Sources de la médiation en droit de la famille</u>

La médiation des différends familiaux est actuellement accessible en Ontario aux termes de l'article 31 de la <u>Loi portant réforme du droit de l'enfance</u> et de l'article 3 de la <u>Loi de 1986 sur le droit de la famille</u>. Ces deux dispositions prévoient que le tribunal peut, "à la suite d'une motion, nommer comme médiateur chargé de régler une question que le tribunal précise une personne choisie par les parties".

De plus, le paragraphe 9(2) de la <u>Loi sur le divorce</u> impose aux avocats l'obligation de renseigner leurs clients sur les services de médiation disponibles dans leur collectivité. Cette disposition de la <u>Loi sur le divorce</u> a été insérée pour encourager les époux à considérer la médiation alors qu'ils cherchent à régler leurs différends sur des questions concernant la famille.

Contrairement aux États-Unis, l'expérience de la médiation en droit de la famille au Canada, et notamment en Ontario, est relativement récente. Dès 1961, la Cour de comté de Los Angeles en Californie mettait sur pied le premier tribunal offrant des services de médiation en Amérique du Nord. En comparaison, le premier tribunal de conciliation au Canada a été mis sur pied en 1972 alors que des services de conciliation étaient créés au tribunal de la famille à Edmonton en Alberta. Toutefois, depuis ces débuts récents, les services de conciliation et de médiation ont proliféré dans l'ensemble du Canada et en Ontario.

Après Edmonton, des services de médiation ont été établis à Hamilton (en 1973), à Toronto (en 1976), à Kingston (en 1975) et à Montréal (en 1981).

La mise en place de ces services a entraîné la création d'associations professionnelles de médiateurs familiaux et une prise de conscience par les avocats et magistrats de cette nouvelle méthode de règlement des conflits. On a connu une saine période d'évolution et d'expérimentation des méthodes et des moyens de prestation des services de médiation dans le domaine du droit de la famille.

Le mérite de l'examen des possibilités de cette forme de solution de rechange de règlement des conflits doit être partagé par les juges, les avocats et les professionnels de la santé ainsi que par les médiateurs et leurs associations. Sans la contribution de chacun de ces groupes, la médiation n'aurait pu vaincre la vive opposition qu'elle a rencontrée ailleurs au départ.

Une meilleure compréhension des conséquences, parfois catastrophiques, du divorce et de la rupture du mariage, notamment pour les enfants, a contribué à l'intérêt manifesté à l'égard de la médiation. A l'épreuve de la rupture de la famille venait s'ajouter une procédure antagonique qui souvent prenait le caractère "d'une bataille" dont la récompense était la garde des enfants ou le bénéfice d'une pension alimentaire. Trop souvent les familles se retrouvent dans la procédure antagonique pour résoudre des situations délicates, comme celle de la garde des enfants et du droit de visite.

Les analyses juridiques ainsi que les études de comportement de la famille après la séparation ont conclu que le facteur primordial à considérer était l'intérêt de l'enfant et que les conflits qui en découlent ont besoin d'une formule de règlement qui soit à la fois meilleure et plus humaine.

En 1981, le juge Rosalie Abella de la Cour provinciale (Division de la famille) écrivait (dans un article intitulé "Procedural Aspects of Arrangements for Children Upon Divorce"), en commentant la procédure antagonique et les conflits relatifs à la garde des enfants, ce qui suit:

> [TRADUCTION] "La vérité et le droit sont très peu présents dans les ordonnances accordant la garde. La procédure antagonique, destinée à permettre leur confluence, n'est pas le cadre convenant à la prise de telles décisions. L'impossibilité d'appliquer la procédure antagonique au droit de la famille est de plus amplifiée par l'incongruité d'avocats se querellant dans ce qui devrait être un simple exercice de règlement d'un conflit. La procédure antagonique semble par conséquent créer un climat d'antipathie qui encourage les avocats débordant d'agressivité et les clients résolument intraitables. La dissolution des familles ne devrait pas se terminer dans une telle animosité car il est nécessaire de relocaliser ceux qui en faisaient partie et de pourvoir à leurs besoins".

Plusieurs autres se sont fait l'écho des opinions du juge Abella et pendant que tous entonnaient le refrain de "l'intérêt de l'enfant", les juristes ont commencé à chercher des solutions de rechange à la procédure antagonique. Les solutions proposées, pour reprendre les termes du juge Abella, devraient [TRADUCTION],"fournir des amortisseurs plutôt que des lance-pierres et des flèches".

L'extrait suivant de "Family Mediation in Canada: Past, Present, and Future Developments" résume les premières étapes de la médiation en droit de la famille en Ontario.

[TRADUCTION] "En 1976, il y avait au moins huit modèles expérimentaux de services de médiation rattachés aux tribunaux de la famille de l'Ontario. L'un de ces services était le "Projet de conciliation", un service de consultation en matière de conciliation rattaché à la Cour provinciale (Division de la famille) dans la ville de Toronto. L'idée de ce service a d'abord été mise de l'avant par le juge en chef des tribunaux de la famille de l'Ontario, H.T.G. Andrews, au début des années 70. La création, en 1974, d'un groupe d'étude pour donner suite à cette idée a amené la mise sur pied d'un projet témoin d'une durée de trois ans, financé par Santé et Bien-être Canada. Le directeur de recherche du projet était Howard Irving (1980), auteur du premier ouvrage canadien portant sur la médiation.

Toutefois, de façon générale, les services de conciliation ont été mis sur pied au niveau des collectivités par le juge du tribunal de la famille de la localité, en coopération avec les professionnels de la santé intéressés du milieu. En conséquence, il n'y a pas deux services exactement semblables, vu qu'il n'existait pas de mode uniforme de financement. Quelques-uns offraient des services de médiation dans le cadre judiciaire seulement après le début de l'instance, sur renvoi des juges ou des avocats. D'autres faisaient appel aux organismes communautaires existants, aux étudiants en service social ou à des volontaires qui offraient des services de médiation avant le début des procédures judiciaires. Certains de ces services de conciliation avaient été créés comme projets témoins, subventionnés par le gouvernement fédéral pour une période donnée, dans l'attente de voir la province ou la collectivité en assumer le financement une fois que leur utilité aurait été démontrée. Malheureusement, même si les clients étaient satisfaits et que les conclusions des recherches confirmaient l'efficacité de ces programmes, assurer la continuité du financement devenait un problème. Quelques services ont réussi à survivre d'une année à l'autre et sont actuellement financés par le ministère des Services sociaux et communautaires ou par le ministère du Procureur général (ou par les deux). Toutefois, il n'a pas encore été décidé à qui incombait le financement de ces services et toute future expansion des services de conciliation financés par le gouvernement a été suspendue en Ontario, du moins pour le moment. En réaction à cette situation, les juges de l'Ontario qui veulent que leurs tribunaux aient accès à des services de conciliation et de médiation, se sont adressés au secteur privé pour obtenir de l'aide et ont établi des programmes volontaires pour offrir ces services à leurs tribunaux. Actuellement, il existe différentes sortes de services de conciliation dans trente

des cinquante-cinq tribunaux de la famille de l'Ontario. Comme on peut s'y attendre, ces services existent surtout dans les régions urbaines et ils sont à peu près inexistants dans les régions rurales."

La disponibilité des services de médiation varie grandement dans la province où certaines collectivités offrent ces services tandis que d'autres n'en ont pas. Les services de médiation offerts dans la ville de Kingston (le Service de médiation Frontenac) sont tout à fait différents de ceux disponibles, par exemple, à Toronto à la Cour provinciale (Division de la famille) située au 311 de la rue Jarvis. Toutefois, les services offerts aux deux endroits semblent bien fonctionner et sont accueillis comme des compléments utiles au processus judiciaire. Cette variété de services de médiation volontaires, qu'ils soient à but non lucratif, à but lucratif, rattachés aux tribunaux ou indépendants, demeure la situation encore en vigueur en Ontario. Il n'existe aucune orientation bien définie de l'évolution de la médiation en droit de la famille. Et ceci, malgré l'existence d'un appui enthousiaste pour les services de médiation et plusieurs évaluations positives des services existants.

Il y a plusieurs raisons qui expliquent le manque d'uniformité et l'absence de direction précise dans le domaine de la médiation en droit de la famille. L'incertitude quant aux qualités requises des médiateurs qui fournissent les services, les divergences quant à savoir si les services devraient être rattachés ou non aux tribunaux, les différends quant à la délimitation des champs respectifs d'exercice des médiateurs et des avocats, la crainte de faire double emploi avec le processus judiciaire, l'incertitude des coûts de prestation de ces services et le besoin d'évoluer dans un cadre expérimental, ce sont là, avec d'autres, tous des motifs qui ensemble font que la médiation ne continuera pas à progresser au rythme accéléré qu'elle a connu durant les années 70 et au début des années 80.

<u>La médiation et le Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario</u>

Le 30 juin 1987, l'honorable Juge Thomas Zuber a remis le <u>Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario</u> au procureur général Ian Scott. Le juge Zuber a commenté de la façon suivante le droit de la famille, la procédure antagonique et l'avenir de la médiation en Ontario.

"Dans les causes civiles ordinaires, les parties résolvent leurs conflits par règlement ou par procès, à la suite de quoi elles se séparent pour peut-être ne plus jamais se revoir. Le règlement de certains conflits matrimoniaux, par contre, s'accompagne de la mise en place

d'un régime qui gouverne le comportement à venir des parties. La garde des enfants et le droit de visite sont les principaux exemples des décisions qui supposent une continuation des rapports entre les parties. Les conflits de cette nature ne devraient pas être réglés de la même façon que les conflits monétaires. Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite sont difficiles, délicats et douloureux, et demandent à être réglés dans une atmosphère de modération et de conciliation. Dans une telle atmosphère, on peut au moins espérer amener les parties à un accord. Un accord est généralement préférable à une solution imposée de l'extérieur. Il a plus de chances d'être respecté et moins de chances d'être une source de frictions continuelles. Il faut répéter ici que la procédure contradictoire n'est pas la meilleure façon de régler les conflits matrimoniaux et que c'est la pire façon de régler les questions relatives à la garde des enfants et au droit de visite.

Le pouvoir conféré au juge (règle 21) l'habilite à renvoyer les parties devant un médiateur. Rien n'empêche le juge d'assumer le rôle de médiateur. Cependant, dans les tribunaux où les juges sont très occupés, il sera plus efficace de confier cette fonction à quelqu'un d'autre.

Le médiateur ou les services de médiation peuvent être intégrés au système judiciaire ou être fournis par un organisme extérieur. Ce sera aux comités régionaux de gestion des tribunaux de juger quel est le meilleur mécanisme."

Il concluait par les remarques et les recommandations suivantes.

"8.11 MÉDIATION PRÉALABLE A L'INSTANCE

Nous ne faisons qu'une seule proposition touchant l'extension des procédures ci-dessus. Dans l'état actuel des règles, toutes les procédures précédentes ne sont applicables que si l'on prévoit d'introduire une instance. A la Cour unifiée de la famille, on a commencé à offrir, à titre volontaire, un service de médiation qui s'étend aux questions de garde, de droit de visite, d'aliments et de partage des biens, avant toute introduction de requête. L'enquête estime qu'il s'agit là d'une tentative digne d'intérêt. C'est un service qui est dispensé par les tribunaux de la famille dans bien des pays et qui s'avère prometteur car il devrait permettre de minimiser le coût du règlement des conflits familiaux. Les chances de règlement

sont élevées parce que ce type de médiation a lieu dès l'origine, avant que l'introduction d'une action ne vienne durcir les attitudes.

L'enquête recommande donc que les règles relatives aux causes matrimoniales soient modifiées pour stipuler qu'avant toute introduction de requête, l'un ou l'autre conjoint puisse demander une médiation et que, au reçu d'une telle requête, un service de médiation soit offert aux parties. Si le conjoint qui ne fait pas la demande refuse de se présenter à l'audience de médiation, cela ne devrait pas entraîner de sanction. Le refus de participer indique simplement qu'une action est nécessaire. L'expérience de Hamilton et l'exemple des autres pays indiquent cependant qu'il y a suffisamment de gens désireux de tirer profit des services de médiation pour justifier la prestation de ces services."

Initiatives récentes

Le public canadien semble partager ce point de vue, à savoir que la médiation est un complément nécessaire au processus judiciaire. Selon un sondage effectué sur un échantillonnage stratifié entre le 15 décembre 1986 et le 7 janvier 1987 par Environics Research Group, pour le compte du ministère fédéral de la Justice, 86 p. 100 des Canadiens considèrent que le système de justice devrait être plus sensible et plus humain et 80 p. 100 des canadiens sont en faveur de la médiation comme solution de rechange aux tribunaux dans les affaires de divorce.

En 1987, le ministère fédéral de la Justice a confié au professeur C. James Richardson de l'Université du Nouveau-Brunswick l'examen et l'évaluation de la médiation rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes. En février 1988, un aperçu du résultat de ses recherches a été publié ("La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes: un aperçu des résultats de recherche") et a engendré beaucoup de discussions sur l'avenir de la médiation en droit de la famille. Pour faire le point sur ces discussions, le ministère fédéral de la Justice a invité, au début de mai 1988, des experts de l'ensemble du Canada à Ottawa pour deux jours de débats et d'échanges de vues sur la question.

En plus de ces initiatives, le ministère fédéral de la Justice a publié deux brochures d'information juridique: Un répertoire des services de médiation et de réconciliation en matière de divorce et Un autre moyen: La médiation en matière de divorce et de séparation.

Ces deux brochures visent, en partie, à aider la profession juridique à faire face aux obligations relativement nouvelles qui lui sont imposées en matière de médiation par la Loi sur le divorce de 1985. Les brochures veulent aussi répondre à la demande sans cesse croissante du public pour des renseignements quant à ces nouvelles solutions de rechange de règlement des conflits.

On peut affirmer sans se tromper que les attentes en matière de médiation en droit de la famille sont exceptionnellement élevées tant chez les professionnels que dans le public.

Avant ces dernières initiatives du ministère fédéral de la Justice et dans un contexte d'intérêt accru pour les solutions de rechange de règlement des conflits, notamment pour la médiation en droit de la famille, le procureur général Ian Scott a annoncé la création du Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille. Le Comité a été constitué et a commencé ses travaux avant la remise du Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario par l'Honorable T.G. Zuber. Les remarques du juge sur la médiation ont eu pour effet de stimuler les travaux du Comité.

Selon son mandat, le Comité était chargé d'étudier le rôle de la médiation dans le droit de la famille et de présenter des recommandations relativement à la mise sur pied d'un projet pilote global de médiation dont une évaluation sérieuse permettrait de décider s'il y a lieu ou non d'affecter d'importantes nouvelles ressources à cette forme de règlement des conflits.

Pendant que le rapport de ce Comité était en voie de rédaction, on a publié le Rapport du Comité d'examen de l'aide sociale, préparé à l'intention du ministère des Services sociaux et communautaires de l'Ontario sous la présidence de George Thomson. Le rapport identifie un certain nombre de "principes de la réforme" notamment le principe suivant:

> [TRADUCTION]" 7. Respect de la vie familiale
>
> Le système d'aide sociale doit soutenir la vie familiale et en renforcer l'intégrité, tout en demeurant attentif aux besoins des membres de la famille qui peuvent être en danger. A mesure que la famille se transforme, que nous redéfinissons le rôle de ses membres et que les changements sociaux imposent de nouvelles contraintes à la cellule familiale, beaucoup de familles ont besoin d'un soutien à différents stades de leur évolution. En même temps, une famille peut représenter un danger pour un ou plusieurs de

> ses membres, qui ont besoin d'aide pour la quitter lorsqu'elle les menace ou qu'elle leur cause des sévices... De bien des façons, le système actuel semble affaiblir les liens familiaux bien plus qu'il ne les consolide. Il s'adapte mal aux nouvelles formes que prend la famille et il est lent à mettre à la disposition de ses bénéficiaires les services qui, comme l'intervention d'un intermédiaire, pourrait amortir le choc de la dissolution de la famille. En dépit d'améliorations importantes, le système n'offre qu'une protection imparfaite aux membres de la famille qui sont en danger."

De façon plus précise, le rapport dit:

> [TRADUCTION] «On a de plus en plus recours à des solutions de rechange de règlement des conflits, telle la médiation, dans les affaires touchant le droit de la famille. On nous a informés que ces services sont rarement accessibles aux personnes économiquement faibles et que très peu de tribunaux de la famille offrent des programmes efficaces de médiation. Les avocats peuvent aider les requérants à négocier une solution et les travailleurs en soutien familial employés par le ministère des Services sociaux et communautaires et par les municipalités peuvent aider les parties à en arriver à une entente sans l'intervention du tribunal. Toutefois, plusieurs des bénéficiaires ne sont pas représentés par des avocats et les travailleurs en soutien familial ne sont pas toujours perçus comme étant des participants neutres. Les bénéficiaires devraient avoir accès à des services juridiques et à des médiateurs compétents et capables d'aider les parties à en arriver à des ententes dans les cas qui s'y prêtent.»
>
> > RECOMMANDATION 251
> > On devrait fournir des ressources pour faciliter l'accès des personnes économiquement faibles aux services de médiation.

Cette recommandation du Comité d'examen de l'aide sociale constitue, de l'avis de ce Comité, un appui de taille à cette solution de rechange de règlement des conflits.

D'autres évaluations récentes de médiation faites au Québec, en Colombie-Britannique et par la Cour unifiée de la famille de l'Ontario révèlent un appui grandissant à la médiation en droit de la famille.

Conclusion

L'historique de la médiation en droit de la famille en Ontario porte sur une période relativement courte, moins de vingt ans. En tant que solution de rechange de règlement des conflits, la médiation a connu une saine évolution. Pendant que l'intérêt pour la médiation demeure sans précédent, on a connu très peu de réalisations concrètes se traduisant par une prestation réelle de services de façon cohérente à l'ensemble du public.

Selon l'humble opinion du Comité, le rapport qui suit présente la série la plus complète de recommandations traitant des moyens d'offrir des services de médiation en droit de la famille en Ontario. On espère que si les propositions contenues dans ce rapport sont mises en vigueur, elles aideront la médiation à prendre un nouvel essor et à remplir sa promesse d'un mode plus humain de résolution des conflits familiaux.

Le rapport du Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille

CHAPITRE 4

LA MÉDIATION ET LES QUESTIONS PRÉOCCUPANT LES FEMMES

La réforme du droit de la famille: son historique

Le droit de famille, dans l'optique des femmes, a été durant plusieurs années un domaine qui avait besoin d'une réforme en profondeur. Au cours des douze dernières années, l'Ontario a connu des réformes spectaculaires visant à corriger les graves inégalités dont étaient victimes les femmes parties à une dissolution du mariage ou, dans certains cas, celles dont le conjoint décédait. Alors qu'il n'est pas possible dans ce rapport d'examiner les inégalités ou les réformes particulières, qu'il suffise de mentionner que la récente adoption de la Loi de 1986 sur le droit de la famille ainsi que de la Loi sur l'exécution d'ordonnances alimentaires et de garde d'enfants a constitué un pas important dans le redressement de plusieurs des problèmes qui existaient en droit de la famille.

L'un des objets de la réforme a été de fournir des directives précises pour le partage des biens à la dissolution du mariage ou au décès de l'un des conjoints. Ces directives permettent aux conjoints de mieux savoir à quoi s'attendre lorsqu'ils cherchent à connaître leurs obligations et droits légaux à la dissolution du mariage et favorisent par conséquent le règlement des questions en litige.

A dessein, on a rendu les directives et règles du partage des biens dans la Loi de 1986 sur le droit de la famille beaucoup moins flexibles que celles qui existaient antérieurement aux termes de la Loi portant réforme du droit de la famille. En gros, la Loi de 1986 sur le droit de la famille cherche à diviser également la valeur de tous les biens acquis par les conjoints entre la date du mariage et celle de la séparation. Le pouvoir du tribunal de s'écarter de cette formule a été sérieusement restreint de façon à ce que le tribunal n'exerce sa discrétion de s'écarter du partage égal des biens que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles.

Ces réformes ont été fortement appuyées par les associations féminines ainsi que par les trois partis politiques à la législature de l'Ontario. Elles sont maintenant en vigueur depuis environ deux ans et elles représentent des gains importants pour les femmes.

En même temps que se poursuivait le débat pour accroître la protection législative des femmes lors de la dissolution du mariage, l'intérêt pour la médiation, comme il en est fait brièvement mention au chapitre 3, augmentait. Bien qu'il y ait eu coïncidence dans leur évolution, l'intérêt pour les réformes législatives s'inspirait de préoccupations différentes.

L'intérêt pour la médiation est la conséquence d'une volonté chez les professionnels de la santé mentale, les avocats, les médiateurs, les juges et les autres usagers, d'épargner aux enfants la procédure antagonique dans les différends concernant la garde des enfants et le droit de visite. L'intérêt pour la réforme des règles relatives au partage des biens et à l'obligation alimentaire s'inspire de la volonté d'assurer que les femmes et les enfants ne soient pas injustement appauvris simplement en raison de la fin d'un mariage.

La violence au foyer

Un troisième et plus sombre phénomène a aussi vu le jour - la reconnaissance de l'existence de la violence au foyer au sein de la société canadienne.[1] L'existence des femmes battues et d'enfants maltraités est devenue un fait indéniable. Plusieurs des mêmes groupes qui ont oeuvré pour obtenir que la Loi de 1986 sur le droit de la famille consacre l'égalité des femmes en Ontario cherchent maintenant à faire évaluer l'ampleur de la violence au foyer et à la faire reconnaître afin que des mesures soient prises pour la réduire.

Quelques mesures importantes ont déjà été prises. Par exemple, la Loi de 1986 sur le droit de la famille a créé des infractions précises visant à permettre l'intervention rapide de la police à des cas de violation des ordonnances de possession exclusive et de ne pas faire. Les paragraphes 46(2) et (3) [violation d'une ordonnance de ne pas faire] et les paragraphes 24(5) et (6) [violation d'une ordonnance de possession exclusive] ont créé tous deux des infractions provinciales pour la violation d'ordonnances en matière de la famille. Ils prévoient les sanctions pour ces infractions et permettent aux policiers d'arrêter sans mandat en pareilles circonstances.

---

[1]Le Rapport utilise l'expression "violence au foyer" dans le texte plutôt que de parler d'agression contre les femmes ou de mauvais traitements infligés aux femmes. Le Comité désire indiquer qu'il est conscient que la vaste majorité des victimes de violence au foyer sont des femmes.

Lorsqu'il rend une ordonnance de possession exclusive, le tribunal doit maintenant examiner "toute violence commise par un conjoint contre l'autre conjoint ou les enfants" (alinéa 24(3)f) de la Loi sur le droit de la Famille de 1986).

Le 5 janvier 1989, le projet de loi 124 visant à modifier la Loi portant réforme du droit de la famille a passé l'étape de la seconde lecture. Le projet propose, tant pour le conjoint qui a la garde que pour celui qui ne l'a pas, de nouveaux recours en exécution des droits de visite. Sur toute motion pour exécution forcée dans le cadre de ces nouveaux recours, le tribunal doit examiner l'intérêt véritable de l'enfant. En appliquant ce critère, le tribunal doit examiner l'aptitude de chaque personne à agir à titre de gardien lorsqu'il rend une ordonnance touchant l'enfant (voir le nouvel alinéa 24(2)d)). En examinant l'aptitude du gardien éventuel, le tribunal doit maintenant examiner toute violence commise par une personne, contre son conjoint ou son enfant, contre le père ou la mère de son enfant ou contre tout autre membre de la famille. Par conséquent, le tribunal est tenu d'examiner toute preuve de violence au foyer sur une motion en exécution (voir le nouveau paragraphe 24(3)).

De plus, lorsque le père ou la mère qui n'a pas la garde de l'enfant présente une motion devant le tribunal et allègue que son conjoint l'a empêché d'exercer son droit de visite, ce dernier doit avoir des motifs légitimes pour refuser l'accès à l'enfant. Dans la liste d'exemples de motifs légitimes pour refuser l'exercice du droit de visite figurent deux motifs reliés directement à la violence au foyer: (i) le père ou la mère qui a la garde de l'enfant est justifié de refuser l'accès à celui-ci s'il a des motifs raisonnables de croire que l'exercice du droit de visite peut causer à cet enfant un préjudice physique ou émotionnel; (ii) le père ou la mère qui a la garde de l'enfant est justifié de refuser l'accès à ce dernier s'il a des motifs raisonnables de croire que l'exercice du droit de visite peut lui causer un préjudice physique (nouveaux alinéas 35a(4) 1 et 2).

Actuellement, la Loi portant réforme du droit de l'enfance permet au tribunal de rendre une ordonnance pour interdire à quelqu'un de molester, d'importuner ou de harceler un conjoint ou les enfants. Dans la Loi de 1986 sur le droit de la famille, il est aussi possible d'avoir recours à des ordonnances de ne pas faire. Cette dernière loi permet aussi au tribunal d'interdire à un conjoint de communiquer avec le requérant ou les enfants, sauf selon ce que l'ordonnance prévoit. Il est admis qu'une telle disposition donne au tribunal plus de souplesse pour interdire les communications non désirées entre les conjoints. Par conséquent, une modification similaire est apportée au paragraphe 36(1) de la Loi portant réforme du droit de l'enfance pour

permettre au tribunal de jouir de la même souplesse lorsqu'il rend des ordonnances en vertu de cette loi.

Les infractions criminelles d'agression commises au foyer font maintenant l'objet de poursuites conduites différemment et de façon plus efficace. La sensibilisation à cette question a connu une augmentation spectaculaire grâce à la formation permanente dispensée aux professionnels et aux initiatives, touchant la violence au foyer, prises par les gouvernements à tous les niveaux.

Bien qu'on n'ait pas pu répondre à toutes les demandes, des établissements protégés ont vu le jour partout dans la province pour donner aux femmes et aux enfants victimes de violence au foyer d'autres endroits pour se loger.

Ces modifications représentent un pas dans la bonne direction mais il reste beaucoup à accomplir. Par exemple, très peu de recherches, s'il en est, sont effectuées pour examiner les causes profondes de la violence au foyer. Il est juste de dire que l'Ontario, comme le Canada en général, ne fait que commencer à s'attaquer aux conséquences de la violence au foyer.

Les réformes, la médiation et la violence au foyer: leur point de convergence

C'est la convergence des gains juridiques importants obtenus par les femmes, de l'évolution de la médiation comme solution de rechange à la procédure antagonique et de la reconnaissance de la violence au foyer, qui a éveillé les femmes à ces questions. On a exprimé de sérieuses craintes sur l'impact éventuel de la médiation en droit de la famille, notamment dans les situations où des membres de la famille avaient été victimes de violence. On a aussi craint que la "privatisation" du règlement des conflits puisse miner, par le recours à des négociations privées, les gains faits récemment par les femmes. On a laissé entendre que le recours croissant à la médiation, en même temps que prenait place une réforme législative pour venir en aide aux femmes, pouvait relever plus que d'une simple coïncidence.

Deux articles par des auteurs canadiens décrivent les préoccupations des femmes à l'égard de la médiation en droit de la famille. En avril 1987, Mary Lou Fassel et Diana Majury ont rédigé une étude pour le Comité canadien d'action sur le statut de la femme. Elle avait pour titre "Against Women's Interests: An Issues Paper on Joint Custody and Mediation" et identifiait plusieurs aspects de la médiation qui nécessitaient une discussion et un examen plus approfondis par les femmes. Dans l'étude, les auteurs concluent que [TRADUCTION] "jusqu'à ce que ces pratiques (de médiation) puissent faire l'objet d'un examen

plus approfondi et plus critique, nous devons nous opposer à la tendance vers l'adoption d'une législation sur la médiation".

Dans un article intitulé Divorce Mediation: A Feminist Perspective, Martha Shaffer mentionne que [TRADUCTION] "d'un point de vue féministe, la médiation en matière de divorce contient de graves lacunes. Ces dernières existent tant au niveau du système judiciaire qu'au niveau de son application concrète".

De telles conclusions soulèvent au moins quatre questions principales:

1. Quelles sont les préoccupations particulières des femmes à l'égard de la médiation en droit de la famille?

2. Quelles sont les sources de ces préoccupations?

3. Les services de médiation existants en Ontario causent-ils, consciemment ou non, des injustices à leurs usagers?

4. Qu'ils causent ou non des injustices, les services de médiation sont-ils conçus pour tenir compte de ces préoccupations?

Les préoccupations des femmes et le Comité consultatif

Le procureur général Ian Scott a voulu s'assurer que ces préoccupations, comme les autres, soient prises en considération avant d'envisager toute réforme. C'est pourquoi des représentants de la Direction de la condition féminine de l'Ontario ont été nommés au Comité consultatif. Le procureur général a demandé que les suggestions et recommandations soient évaluées dans l'optique des femmes et les membres du Comité ont montré un vif intérêt pour les préoccupations de celles-ci en matière de médiation en droit de la famille. Par conséquent, une des premières séances du Comité a été consacrée à prendre connaissance, en des termes clairs et concis, des questions préoccupant les femmes. Cet exercice s'est effectué au début afin de permettre au Comité d'avoir bien en vue ces préoccupations avant de procéder à l'étude des autres questions relevant de son mandat.

On a annexé à ce chapitre, comme Annexe "A" un "Un sommaire des préoccupations des femmes à l'égard de la médiation" établi par Donna Hackett de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario pour le Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille. On a aussi joint, comme Annexe "B", une bibliographie fournie au Comité par la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario. Le

sommaire donne une vue d'ensemble des arguments présentés au Comité par Donna Hackett. Il a aussi servi de document de base au Comité pour l'examen des préoccupations des femmes à l'égard de la médiation.

Les questions à examiner

Pour revenir maintenant aux quatre questions soulevées par les conclusions des féministes à l'égard de la médiation en droit de la famille, chacune d'elles sera examinée à tour de rôle.

1. Quelles sont les préoccupations particulières des femmes à l'égard de la médiation en droit de la famille?

Ces préoccupations peuvent se regrouper sous la rubrique suivante:

a) La violence au foyer

L'existence de violence au foyer, qu'on peut garder secrète après la dissolution du mariage, empêche les femmes de vraiment négocier au cours d'une médiation avec une personne qui les a battues.

En raison de cette incapacité de négocier, les femmes peuvent conclure des ententes injustes qui seront difficiles à corriger plus tard. Le désir d'en arriver à une entente peut aussi empêcher de dévoiler l'existence de violence et, par conséquent, permettre que celle-ci se poursuive.

Si la violence n'est pas divulguée au cours de la médiation, il peut en résulter qu'une personne obtienne, par ordonnance ou entente, des droits de garde et de visite auxquels autrement elle n'aurait pas eu droit. Cela ne peut qu'entraîner d'autres difficultés et le besoin d'avoir recours aux tribunaux ultérieurement.

De plus, même si la violence est connue, on estime que le déséquilibre des forces entre les conjoints qui en résulte est tellement aigu que même un médiateur compétent ne pourrait pas rétablir l'équilibre.

b) Le déséquilibre systémique des forces

Il existe des déséquilibres de forces systémiques qui sont inhérents et empêchent beaucoup de femmes de négocier avec les hommes. Le déséquilibre peut être causé par le fait que le conjoint avec qui la femme doit négocier a plus d'expérience dans la gestion des finances ou des affaires de la famille, possède une plus grande capacité de gain ou a de plus grandes compétences, en matière de négociation. Une perception de

déséquilibre des forces peut aussi se dégager du fait que l'homme en raison d'un revenu plus élevé, sera vraisemblablement appelé à payer le coût de la médiation.

Martha Shaffer s'exprime ainsi sur le sujet:

> [TRADUCTION] "Les femmes ne jouissent pas de la même capacité de gain que les hommes; souvent, elles n'ont pas la même expérience en négociation que ces derniers pas plus qu'elles n'ont appris dans leurs relations humaines à se comporter de façon assurée et à ne considérer que leur intérêt personnel. Ce seront tous des facteurs qui nuisent à la capacité des femmes de négocier de façon efficace au cours de la médiation."

c) <u>Le parti pris du médiateur</u>

La médiation en matière de divorce, comme le faisait remarquer le professeur James Richardson dans son rapport, a "un parti pris bien évident à l'égard de la garde conjointe". Les médiateurs peuvent montrer un parti pris en faveur de la garde conjointe et favoriser de telles ententes dans des familles où cette garde ne conviendrait pas.

Sont également sources de préoccupation le manque de compréhension des médiateurs à l'égard du déséquilibre des forces entre les hommes et les femmes et le fait que les médiateurs abordent le processus avec leurs propres valeurs sur le rôle des femmes dans la société.

d) <u>Les qualités requises du médiateur</u>

Les médiateurs n'ont pas une formation uniforme et peuvent facilement ne pas être sensibilisés aux questions de la violence au foyer, du déséquilibre des forces ou du parti pris du médiateur. En conséquence, ils peuvent favoriser, sur les questions le droit de la famille, des ententes qui soient injustes ou inappropriées.

La formation actuelle donnée aux médiateurs ne leur permet pas d'acquérir suffisamment de connaissances dans les domaines du droit de la famille, du droit fiscal ou de la violence dirigée contre les femmes.

e) <u>La privatisation du règlement des conflits</u>

La médiation peut avoir pour effet de confier le sort des droits légaux de la femme à un forum privé qui, par nature, est sans formalisme, et n'offre pas les garanties que l'on retrouve dans la procédure antagonique. Plusieurs critiques de la médiation sont d'avis que les conséquences possibles de

l'entente qui y est conclue sont trop importantes pour permettre une telle absence de formalisme.

La délégation des questions de droit de la famille à un "forum inférieur" donne l'impression que ces questions ne méritent pas autant d'attention des tribunaux.

f) Les modèles de médiation

(i) Le caractère obligatoire; (ii) le moment de la médiation; (iii) la divulgation; (iv) le caractère confidentiel; (v) les droits payés par les usagers

Tout modèle de médiation suscite certaines inquiétudes. Par exemple:

(i) si le recours aux services de médiation est obligatoire (c'est-à-dire qu'il pourrait être une condition préalable à l'accès aux tribunaux), les personnes à qui ne convient pas la médiation seraient forcées d'avoir recours à une méthode de règlement des conflits qui ne répond pas à leurs besoins. De plus, la médiation obligatoire pourrait entraîner un préjugé défavorable à l'égard du conjoint qui refuse d'y participer;

(ii) si la médiation est encouragée comme étape préliminaire au recours aux tribunaux, on risque de négliger les ordonnances de protection provisoires (par exemple de possession exclusive, d'interdiction d'aliéner les biens);

(iii) la médiation en soi ne peut imposer une divulgation complète de la situation financière;

(iv) il n'existe aucune mesure pour protéger le caractère confidentiel des faits divulgués lors d'une tentative infructueuse de médiation;

(v) il peut exister des perceptions de parti pris si l'une des parties paie le coût de la médiation.

g) L'évaluation des services de médiation

Dans l'hypothèse que la médiation en droit de la famille devienne accessible sur une plus grande échelle, il faudrait s'assurer que les services de médiation offerts soient évalués soigneusement pour établir leur impact, particulièrement à l'égard de la violence au foyer, du déséquilibre des forces et du parti pris du médiateur.

2. Quelles sont les sources des préoccupations des femmes à l'égard de la médiation en droit de la famille?

Il n'y a à peu près pas eu de recherche faite au Canada sur les préoccupations des femmes à l'égard des modèles de médiation ou les pratiques en usage au Canada. Dans son étude "La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes: Un aperçu des résultats de recherche" (qui constitue le document de recherche le plus récent et le plus complet effectué au Canada) le professeur C. James Richardson reconnaît que les critiques féministes de la médiation en matière de divorce sont "les plus précises et les plus claires" et énoncent les principaux problèmes que cette forme de règlement des conflits leur cause. Dans ses conclusions, il se prononce sur le bien-fondé des critiques des féministes mais sans examiner les véritables sources de leur préoccupation à l'égard de la médiation. Étant donné l'importance de cette question, il serait important de le faire.

Les critiques de la médiation en matière de divorce viennent surtout des États-Unis. La plupart de ces vues a été adoptée par les critiques de la médiation dans l'espoir que les problèmes qu'ont connus les Américains puissent être évités ou prévenus. En certains cas, cela a conduit à une opposition non pas seulement aux méthodes de la médiation mais aux objectifs de la médiation même. On verra que la distinction entre la médiation comme forme de résolution des conflits en général et les façons dont cette médiation est effectivement accessible est importante.

L'expérience américaine

Aux États-Unis, on a beaucoup plus fréquemment recours aux solutions de rechange de règlement des conflits qu'au Canada. Récemment, un atelier de la Section du droit de la famille décrivait les solutions de rechange de règlement des conflits comme la "nouvelle mode", la plus populaire en droit nord-américain. Alors qu'en Ontario et dans les autres provinces canadiennes cette tendance peut être considérée comme relativement récente, à peu près tous les États américains se sont engagés résolument vers les solutions de rechange de règlement des conflits.

Cet engagement n'est pas restreint au droit de la famille et la médiation est largement utilisée en droit pénal. Les victimes et les accusés sont encouragés à se rencontrer et à chercher par la médiation à réduire le ressentiment qui subsiste après qu'une infraction a été commise. Bien qu'une telle formule puisse être profitable dans certaines catégories de crimes, lorsqu'elle est appliquée à la poursuite d'infractions reliées à

la violence au foyer, elle suscite, de façon justifiée, des inquiétudes au sujet de la médiation et de ses conséquences pour les femmes et les enfants.

La violence au foyer a fait l'objet d'un traitement spécial durant nombre d'années aux États-Unis. La réaction au phénomène des femmes battues a été l'élaboration de deux modèles qui sont très bien décrits dans l'extrait suivant d'un article par Lisa G. Lerman,intitulé "Mediation of Wife Abuse Cases: The Adverse Impact or Informal Dispute Resolution on Women".

> [TRADUCTION] " Deux modèles ont été élaborés pour remédier juridiquement au problème des agressions contre les femmes. Le modèle de conciliation a favorisé la mise en place de programmes concernant les problèmes spéciaux des familles violentes et qui reposent sur un règlement sans formalisme des conflits. De façon générale, cette méthode de règlement des conflits est mise en oeuvre par des séances de médiation auxquelles participent la victime, l'agresseur et le fonctionnaire à qui la personne s'est adressée pour obtenir de l'aide.
>
> Dans la plupart des conflits soumis à la médiation, aucune action judiciaire n'a été intentée ou les accusations criminelles qui ont été déposées sont suspendues ou retirées lorsque l'affaire est renvoyée à un programme de médiation. De façon générale, les ententes conclues ne sont pas exécutoires. Les parties participent volontairement à la médiation (il n'y a pas d'ordonnance du tribunal de s'y présenter) et s'ils ne parviennent pas à une entente, aucune tierce partie ne leur impose un règlement. La police, les avocats du ministère public, les juges et les greffiers renvoient toutefois des milliers de causes annuellement à des programmes de médiation financés par les fonds publics. Dans certains programmes, les médiateurs sont des bénévoles qui ont reçu une formation pour cette tâche, dans d'autres la médiation est conduite par le personnel à plein temps. Certains médiateurs ont une formation en droit, en santé mentale ou en service social alors que d'autres n'en ont pas. La plupart des médiateurs reçoivent une formation minimale en milieu de travail.
>
> Dans tout le pays, les tribunaux et les agences privées mettent sur pied des programmes de médiation pour résoudre une grande variété de différends mineurs au sein des familles avant que les tribunaux en soient formellement saisis. Presque toujours, les cas de mauvais traitement contre les femmes sont considérés comme des chicanes qui ne sont pas assez importantes pour mériter l'attention des tribunaux et ils sont placés dans cette catégorie de différends.

La première explication pour cette croissance rapide de la médiation est de nature économique. Les procureurs du ministère public ne peuvent suffire à la tâche. Les tribunaux criminels ainsi que les tribunaux de la famille ont une accumulation considérable de causes et sont impatients de trouver un autre forum où ils peuvent renvoyer un nombre important de causes. Les partisans de la médiation reconnaissent expressément qu'ils sont motivés en partie par le désir d'aider les tribunaux et les organismes responsables de l'application de la loi à résoudre ces problèmes. La médiation effectuée par un organisme privé, ajoute-t-on, est moins onéreuse que la contestation judiciaire.

Les défenseurs du modèle de conciliation considèrent la médiation préférable au mécanisme formel de règlement des conflits pour des raisons humanitaires ou dans l'intérêt du client. Les facteurs qui rendent la médiation attrayante comprennent: "1. L'évitement d'une hostilité qui n'est pas nécessaire... 2. La participation du client à l'élaboration des solutions... 3. La dispense de la querelle traditionnelle entre les deux avocats". Le professeur Frank Sander de l'École de droit de Harvard préfère la médiation à des mesures plus formelles pour les affaires dans lesquelles les parties ont entre eux une longue relation parce que ces parties peuvent conclure une entente en s'attaquant aux véritables problèmes sous-jacents au conflit superficiel. Le professeur de droit Paul Rice propose la médiation comme une solution de rechange au système judiciaire pénal dans lequel, souvent, les accusés sont acquittés pour des vices de forme, les victimes coupables ne sont pas poursuivies, les sentences ne tiennent pas compte des besoins des victimes, les peines pour les crimes graves sont disproportionnellement légères ou les victimes sont obligées d'assister à de nombreuses audiences, de fréquentes remises sont accordées, les témoins ne sont pas informés du statut de la cause; de plus, ce système est loin de fonctionner de façon efficace.

La médiation dans les affaires de violence au foyer est rarement favorisée par ceux qui se spécialisent dans la défense des femmes battues mais elle est appuyée par les partisans des solutions de rechange de règlement des conflits dans les affaires reliées à la famille. Les avocats qui s'occupent des relations familiales affluent aux sessions de formation sur la médiation et ont recours à la médiation au lieu de la contestation dans tous les cas possibles. Plusieurs avocats du ministère public ont mis sur pied d'importants programmes de médiation afin de réduire le nombre des causes accumulées en réglant de façon informelle les différends mineurs au lieu d'intenter des

> poursuites. Les services sociaux et les organismes de santé mentale mettent souvent sur pied des programmes de médiation pour répondre à des buts humanitaires. Les subventions fédérales et locales financent de nombreux programmes de médiation."

Les motifs de ceux qui prônent un tel "modèle de conciliation" sont sans aucun doute bien inspirés mais certains voient pareille évolution au Canada comme quelque chose de très peu souhaitable.

Lerman poursuit en décrivant le modèle "d'application de la loi" et le dilemme dans lequel se trouvent certaines féministes:

> [TRADUCTION] Le modèle "d'application de la loi" reçoit l'appui tant des défenseurs populaires oeuvrant avec des femmes battues que d'un nombre croissant d'officiers de justice, de policiers et d'autres personnes qui offrent des services aux femmes battues. De façon générale, le modèle d'application de la loi préconise une action judiciaire formelle associée à des sanctions ou à la réhabilitation des agresseurs. L'objet est d'assurer la sécurité de la victime et de donner à l'agresseur un message clair que la société ne tolère pas qu'il continue à exercer de la violence contre son conjoint.
>
> Des lois ont été adoptées dans une majorité d'États qui permettent la délivrance d'ordonnances de protection et donnent plus de pouvoir à la police pour faire des arrestations dans les cas d'agression. Plusieurs avocats du ministère public ont adopté des politiques beaucoup plus agressives dans les cas de violence envers le conjoint, offrant appui et protection aux victimes et interdisant le retrait des accusations à moins de motifs péremptoires.
>
> Les partisans de l'application de la loi et de la conciliation comme solution à la violence envers les femmes poursuivent souvent des objectifs différents au sein de la même communauté et souvent leurs cas se chevauchent. De façon assez étrange, plusieurs défenseurs des femmes battues se retrouvent dans une position traditionnelle d'extrême droite soit celle de préconiser l'application stricte de la loi au lieu des méthodes informelles comme la médiation.
>
> Bien qu'il existe un consensus général au sein de la communauté féministe pour s'opposer à la médiation dans les cas d'agression, quelques féministes appuient le recours à la médiation dans d'autres cas. Plusieurs féministes perçoivent la médiation comme une façon d'échapper au système judiciaire au sein duquel les femmes sont souvent

> victimes de discrimination. La médiation a été utilisée de plus en plus fréquemment en matière de divorce et de garde d'enfants et dans les différends entre les couples sur les biens; la médiation est également utile aux lesbiennes, aux étrangers illégaux et aux autres personnes qui ont un accès limité aux recours judiciaires réguliers."

Par conséquent, l'une des sources de préoccupations à l'égard de la médiation et de la violence familiale a son origine dans l'expérience (et l'expérimentation) américaine dans le processus pénal. Le "modèle de conciliation" semble faire peu pour freiner la véritable violence dont sont victimes les femmes et les enfants. Heureusement, le système de justice criminelle canadien a adopté une politique qui suit beaucoup plus le "modèle d'application de la loi".

Une autre source de préoccupation à l'égard de la médiation se rattache à l'une des deux premières façons dont la médiation a été abordée aux États-Unis, dans le cadre du droit de la famille. Ces deux premières façons de l'aborder sont connues sous le nom de "méthode structurée" et de "modèle global". La méthode structurée, quelquefois appelée aussi le "modèle Coogler", est un processus très réglementé. Shaffer le décrit comme suit:

> [TRADUCTION] "Le processus commence par la signature d'un contrat qui établit les règles qui régissent le cours de la médiation. Ces règles prévoient notamment la préparation d'un état financier global, des exigences quant à la présence régulière des conjoints aux séances de médiation prévues et un accord de soumettre tout différend qu'on ne pourra résoudre à l'arbitrage. Le couple conclut alors une entente provisoire relativement aux questions de garde, de finance et de logement, laquelle régira leurs relations jusqu'à l'entente finale. La médiation elle-même consiste en plusieurs séances de deux heures, avec les deux conjoints, durant lesquelles on discute du partage des biens, de la garde des enfants et des droits de visite. La question de la garde des enfants, généralement la question la plus difficile et la plus litigieuse, est habituellement réglée à la fin. Après que les conjoints sont arrivés à une entente, ils consultent ensemble un avocat qui examine les modalités de l'entente, répond aux questions juridiques que les conjoints peuvent avoir et rédige le document final."

Ce modèle très rigoureux a été accepté il y a déjà un certain temps aux États-Unis et a été adopté par l'Association de la médiation familiale dès 1974.

L'autre façon d'aborder la médiation est connue comme la "méthode globale" que Shaffer décrit comme suit:

> "La méthode globale ne demande pas qu'on débute par la signature d'un contrat établissant les règles de base de la médiation ni que les séances soient fixées à l'avance. Elle permet au conjoint de rencontrer le médiateur séparément, s'il le désire, car on présume que des rencontres individuelles avec le médiateur peuvent aider à réduire l'acrimonie qui accompagne la fin de leur relation. Il n'y a pas d'exigence non plus que les désaccords soient soumis à l'arbitrage si les parties ne peuvent s'entendre. Enfin, on conseille aux conjoints de consulter chacun leur avocat pour examiner l'entente plutôt que de présenter leur règlement au même "conseiller juridique".
>
> La médiation peut faire l'objet d'un rapport complet ou limité. En ce dernier cas, le médiateur ne peut que faire rapport sur les questions que les parties ont réglées et décrire celles qui ne l'ont pas été. Lorsque les parties ont prévu que le rapport serait complet, le médiateur peut y inclure "tous les renseignements qu'il juge pertinents". Lorsque le rapport du médiateur sera limité, les époux sont assurés que leur interaction au cours de la médiation demeurera totalement confidentielle et que rien, qu'ils ne veulent voir répéter, sera rapporté au tribunal. Dans le cas où il a été prévu que le rapport du médiateur sera complet, on n'a pas à reprendre le processus de rassembler l'information si une évaluation des faits devait être ordonnée dans une instance judiciaire subséquente. Le paragraphe 3(4) de la <u>Loi sur le droit de la famille</u> de l'Ontario exige que les époux décident avant de commencer la procédure de médiation si le rapport sera complet ou limité."

Comme la distinction entre les deux façons d'aborder la médiation le démontre, le modèle global est plus souple et offre aux clients une plus grande protection juridique au moment de l'examen de l'entente conclue au cours de la médiation. Heureusement, le modèle Coogler n'a jamais été accepté au Canada mais ses méthodes ont soulevé des questions au sujet de la médiation.

Les contextes historiques de la médiation au Canada et aux États-Unis sont très différents et les questions soulevées par cette dernière n'ont pas uniquement leur source dans les expériences vécues aux États-Unis. Que le modèle de médiation soit le modèle Coogler, la méthode globale, ou qu'elle se présente sous toute autre forme, on continue à se demander si la médiation en soi n'aurait pas une portée négative. Ceux au Canada qui défendent ce point de vue font valoir qu'il n'existe aucune preuve évidente que la médiation produit réellement les avantages dont font état les partisans de la médiation. La médiation est-elle moins onéreuse que la contestation

judiciaire? Est-ce que cela constitue un facteur important? Est-ce que la médiation qui intervient après la séparation est mieux pour les enfants qu'une décision judiciaire? Est-ce que les conjoints sont vraiment satisfaits des ententes conclues par la médiation? Est-ce que la sélection permet de s'assurer que les victimes de violence au foyer ou d'un déséquilibre de forces d'un autre ordre ne se retrouvent pas dans le processus de médiation et dans une situation où leur vie pourrait être en danger?

Ceux qui s'opposent à la médiation en Ontario soulèvent ces questions et plusieurs autres au sujet de ce processus relativement nouveau de règlement des conflits mais la question fondamentale est la suivante: en l'absence de réponses à toutes ces questions, pouvons-nous prendre le risque que des femmes vulnérables courent des dangers en participant à la médiation?

La procédure antagonique, malgré ses nombreuses lacunes, constitue au moins un danger connu dont les décisions sont rendues publiquement conformément à des normes bien établies.

Alors que les préoccupations féminines tirent leur origine d'une série d'expériences, la plus grande partie de la documentation sur le sujet de la médiation en droit de la famille parle d'une méthode par laquelle les femmes battues pourraient voir leurs droits juridiques et leurs inquiétudes à l'égard de la violence jugés peu importants et sacrifiés, en privé, dans un processus hautement structuré, rigoureux et obligatoire, sous le contrôle d'un médiateur, possiblement incompétent ou partial, qui produira une entente qui ne serait pas examinée par des conseillers juridiques indépendants.

Les canadiennes doivent s'inquiéter de toute suggestion indiquant que ce genre de médiation familiale pourrait être importé au Canada et en Ontario en particulier. Après avoir soulevé les craintes et examiné leurs sources, il faut maintenant se demander si les pratiques actuelles en Ontario justifient de telles craintes.

3. <u>Les services de médiation existant en Ontario causent-ils, consciemment ou non, des injustice à leurs usagers?</u>

Le Comité a conclu qu'il n'y avait aucune preuve démontrant que la médiation avait causé ou causait un préjudice à ses clients en Ontario. Il en est arrivé à ces conclusions pour plusieurs raisons.

Premièrement, le modèle de médiation rigoureux décrit plus haut n'a pas été utilisé en Ontario et il est de plus en plus considéré comme une méthode de médiation indésirable, même

aux États-Unis. L'Ontario a été épargnée, dans un sens, de l'expérience d'une médiation hautement structurée. Tout compte fait, elle a été épargnée des "douleurs de croissance" de cette nouvelle discipline.

Deuxièmement, comme mentionné précédemment, l'Ontario a adopté le "modèle d'application de la loi" dans sa façon d'aborder la violence au foyer. Cela se perçoit tant dans la façon dont le système de justice civil traite les questions du droit de la famille et la façon dont le système de justice pénale traite les poursuites pour agression contre des membres de la famille. L'Ontario, encore une fois, a été épargnée de l'expérience des tentatives de médiation des agressions d'ordre criminel.

Troisièmement, la médiation en Ontario n'a jamais été obligatoire. Ceux qui y ont eu recours l'ont fait volontairement et, comme on le verra un peu plus loin, cette situation n'est vraisemblablement pas appelée à changer.

Dans son étude, C. James Richardson mentionne: "Quoique les résultats de cette recherche ne tranchent pas nettement en faveur de la supériorité de la médiation en matière de divorce sur le processus traditionnel, il n'apporte pas non plus de soutien empirique aux allégations des opposants à la médiation qui sont, pour la plupart, évoqués sous la rubrique des répercussions sociales de la présente étude".

Bien que le professeur Richardson n'ait pas examiné les modèles de médiation en place en Ontario, les services qu'il a examinés sont représentatifs de ceux en usage ici. Sa conclusion, par exemple, "quel que soit le niveau de revenu, les femmes et les enfants s'en tirent mieux économiquement lorsqu'ils ont recours à la médiation..." laissait entendre que les services de médiation au Canada, sans être parfaits, ne causent pas directement de préjudices aux femmes.

La conclusion du professeur Richardson que "la préoccupation, à savoir que les droits des personnes puissent ne pas être suffisamment protégés lorsque la séparation ou le divorce est soumis à la médiation, est également sans fondement" apporte aussi quelque réconfort à l'égard des services existants.

L'absence de preuve que les services de médiation en Ontario ne causaient pas d'injustice à leurs clients n'a pas été interprétée par le Comité comme démontrant qu'on avait atteint la perfection en Ontario. C'est plutôt le fait d'avoir les préoccupations des femmes à l'avant-plan qui ont donné aux membres du Comité l'occasion de déterminer les mesures à prendre pour s'assurer que les défauts signalés ne s'implantent pas à l'avenir dans notre système.

4. <u>Qu'ils causent ou non des injustices, les services de médiation sont-ils conçus pour tenir compte de ces préoccupations?</u>

Il est juste de dire que les recommandations faites par ce Comité témoignent du sérieux avec lequel ont été traitées les préoccupations des femmes à l'égard de la médiation. Il était clair pour le Comité que la médiation en droit de la famille était trop valable comme solution de rechange ou comme un outil complémentaire aux tribunaux pour être mise de côté simplement parce qu'elle pourrait, si elle n'était pas dirigée, nuire aux intérêts de certains de ses usagers. Dès le début, il fallait chercher les moyens de contrôler ou de limiter le processus de médiation pour qu'il puisse rendre ses précieux services à ceux qui pourraient le plus y avoir recours.

On s'est inspiré des conclusions de Martha Shaffer et de Lisa Kerman qui, toutes deux, avaient exprimé leurs préoccupations à l'égard de la médiation. La conclusion de Shaffer se lit comme suit:

> [TRADUCTION] "Malgré ses lacunes actuelles, la médiation ne doit pas être considérée comme un processus totalement inacceptable. Pour les couples dont le pouvoir de négociation est relativement égal et qui abordent la médiation avec une connaissance de son fonctionnement, la médiation peut entraîner une meilleure solution que celle négociée par des avocats. La médiation devrait demeurer accessible comme solution de rechange à la méthode traditionnelle de divorce mais avec les restrictions suivantes. Tout d'abord, la médiation doit être volontaire. La médiation obligatoire constitue un processus coercitif et possiblement nuisible pour de nombreuses femmes qui n'affrontent pas leur mari avec un pouvoir de négociation relativement égal. En raison du manque d'appui pour la croyance selon laquelle la médiation se fait dans l'intérêt des enfants, la médiation obligatoire ne se justifie pas. En second lieu, les parties doivent avoir accès à tous les conseils juridiques nécessaires. Si les parties négocient en ne connaissant pas leurs droits, l'entente qu'elles peuvent conclure peut difficilement être considérée comme volontaire. Chaque conjoint doit avoir aussi le droit absolu d'exiger que l'autre conjoint produise un état exact et complet de sa situation financière de façon que l'entente monétaire soit conclue en pleine connaissance de la situation financière de chacun. Également, il faudrait s'assurer qu'aucune pression indue n'est exercée et qu'aucune des parties n'est dans une position désavantageuse pendant le processus. Malheureusement, en raison du coût qu'entraîne la participation des avocats, pour plusieurs couples il ne s'agit pas d'une mesure réaliste.

> Enfin, la législature devrait adopter des normes pour l'exercice de la médiation afin d'assurer un haut niveau de compétence. L'état actuel des choses qui permet à une personne qui n'a aucune formation en dynamique de la famille ou en droit de devenir médiateur est inacceptable. Une excellente compréhension de l'interaction de la famille, les droits juridiques dérivés du droit de la famille et l'aptitude de percevoir le déséquilibre des forces et de le corriger, sont parmi les qualités qui devraient être requises pour accréditer un médiateur.
>
> Bien que la pratique de la médiation en matière de divorce ne doive pas être adoptée par les féministes, celles-ci ne devraient pas la rejeter complètement. Pour certains couples, la médiation sera une façon tout à fait acceptable de mettre fin au mariage..."

Lisa Lerman, dans son article "Mediation of Wife Abuse Cases: The Adverse Impact of Informal Dispute Resolution on Women", plutôt que de rejeter complètement la médiation, offre une série de recommandations aux médiateurs pour les aider à régler les conflits familiaux. Sur onze pages, elle énonce des recommandations visant à adapter des services de médiation aux femmes battues, notamment en ce qui concerne les procédures avant la médiation, l'élaboration des ententes, l'exécution des ententes conclues à la médiation et même la formation des médiateurs. Elle mentionne dans sa conclusion que [TRADUCTION] "les recommandations... reconnaissent le fait que le mouvement des solutions de rechange de règlement des conflits nous a rejoints... et il vise à entamer un dialogue portant non pas sur la raison pour laquelle on fait appel au recours mais sur les éléments nécessaires pour qu'un recours juridique à l'égard des femmes victimes d'agression soit efficace".

Des remarques semblables ont été faites par d'autres critiques de la médiation. (Voir par exemple l'article de Denise Gamache "Divorce Mediation and Domestic Violence: Considerations for Mediators and Battered Women's Advocates" et l'article de Isolina Ricci "Mediator's Notebook: Reflections on Promoting Equal Empowerment and Entitlements for Women".

Finalement, le Comité en est arrivé à la conclusion générale suivante relativement aux préoccupations des femmes à l'égard de la médiation en droit de la famille.

Conclusion

En se fondant sur les recherches effectuées jusqu'à présent, rien n'indique que la médiation cause un préjudice à ceux qui y ont recours. Toutefois, on a exprimé des préoccupations, réelles et sérieuses, quant à l'impact éventuel de la médiation sur les conjoints et les enfants. La disponibilité de la médiation et l'encouragement à y avoir recours devraient être assujettis à la mise en place de garanties suffisantes, comme celles énoncées dans le modèle, pour (i) la protection des femmes battues et des enfants, (ii) leur sensibilisation au déséquilibre des forces entre les conjoints et (iii) la protection contre le parti pris du médiateur.

Dans le prochain chapitre, des conclusions et des recommandations précises traiteront des préoccupations identifiées par le Comité.

ANNEXE "A" AU CHAPITRE 4

UN SOMMAIRE DES PRÉOCCUPATIONS DES FEMMES A L'ÉGARD DE LA MÉDIATION

Rédigé pour le Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille

Donna Hackett
Direction générale de la Condition féminine de l'Ontario

août 1987

Introduction

Le présent sommaire des préoccupations des femmes à l'égard de la médiation expose les questions qui doivent être prises en considération dans l'élaboration d'un projet de médiation efficace.

L'importance à donner à chacune de ces préoccupations et la façon de les aborder relèvent du Comité qui devra en traiter au cours de ses délibérations.

Pour plus de détails sur ces questions, on peut consulter le cahier à feuilles mobiles contenant 20 articles compilés pour le Comité consultatif.

Questions à l'étude

A. Qui devrait participer à la médiation? - Les questions touchant à la violence au foyer, aux enfants maltraités et à la médiation obligatoire?

B. Le déséquilibre des forces et la négociation

C. Quand la médiation devrait-elle commencer?

D. Qui sont les médiateurs?

E. La garde conjointe

F. Qui paie le coût de la médiation?

G. La divulgation financière

H. Le caractère confidentiel

I. L'évaluation du processus

A. Qui devrait participer à la médiation?

1. Plusieurs associations féminines ont la ferme conviction que les cas de violence au foyer ne devraient pas faire l'objet de médiation pour les raisons suivantes:

- fréquemment, la violence continue après la séparation et la médiation en augmentant les contacts entre les conjoints augmente aussi les risques de violence pour les femmes et les enfants;

- la médiation se fonde sur le principe selon lequel les parties jouissent d'une égalité relative en matière de pouvoir de négociation. Cette égalité n'existe pas entre l'agresseur et sa victime;

- des études démontrent que les femmes battues se sous-estiment, ont de la difficulté à s'exprimer, manquent de confiance en elles-mêmes et sont dépressives - ces caractéristiques peuvent affaiblir sérieusement leur capacité de négocier de façon efficace (Star et Clark, 1978) même longtemps après que la violence a cessé;

- la médiation oblige une femme à négocier avec son agresseur, ce qui à son tour peut l'aider à maintenir son emprise sur elle;

- les attentes des femmes battues peuvent ne pas être réalistes - elles sont souvent trop empressées à abandonner leurs droits pour éviter la violence ou le risque de violence;

- l'agresseur peut, durant la médiation, influencer son épouse par des signaux subtils sans que le médiateur s'en rendre compte;

- de récentes recherches laissent entendre que la violence est plus susceptible de se poursuivre si on a recours à un médiateur, plutôt qu'à un avocat, pour régler les conflits familiaux (Ellis & Ryan, Toronto, 1986);

- les femmes battues fréquemment ne font pas état des mauvais traitements qu'elles ont reçus même lorsqu'on le leur demande. Celles qui le font minimisent la portée et la gravité de la violence dont elles ont été victimes;

- même lorsque la violence est divulguée, des médiateurs compétents ne peuvent corriger le déséquilibre aigu des forces existant entre la victime et son agresseur.

2. Certains médiateurs pensent que, dans les cas où il y a eu manifestation de violence familiale, la médiation peut avoir lieu après que :

- des ordonnances de protection sont en vigueur

- la violence et les menaces ont cessé

- la situation économique de la femme est saine

- la femme est émotionnellement indépendante

- l'agresseur a reconnu la responsabilité de ses actes.

3. Certains médiateurs s'opposent à intervenir dans les cas où il y a eu des manifestations de violence au foyer. Plusieurs associations de femmes s'opposent fortement à la médiation dans les cas où les enfants ont subi des mauvais traitements :

- cette situation augmente le pouvoir de négociation de l'homme parce que la femme cédera habituellement des droits importants pour protéger ses enfants;

- la médiation n'offre pas la même protection aux enfants que la procédure antagonique;

- la médiation peut être dangereuse pour les enfants parce que celle-ci fournit des occasions à l'homme de savoir où sont la femme et les enfants.

4. En raison de l'incapacité de déceler de façon précise la violence au foyer et les mauvais traitements infligés aux enfants, les associations féminines mettent en cause le recours à la médiation.

- environ 1 enfant sur 4 est victime d'agression sexuelle et entre 1/4 et 1/3 des agressions sont commises par le père ou des gardiens de sexe masculin;

- au moins 1 femme sur 10 est victime de violence au foyer - ce taux est plus élevé dans les familles séparées - l'étude de Ellis démontre des actes de violence au foyer dans 50 p. 100 des dossiers examinés. Les données de Smith indiquent un pourcentage similaire de 47 p. 100.

- les services de conciliation familiale de Winnipeg ont constaté que seulement 10 p. 100 des femmes battues

révèlent d'elles-mêmes l'existence de violence au foyer lors de la médiation - seulement 25 p. 100 le font lorsqu'on leur demande précisément si elles ont été battues;

- très fréquemment les agressions contre les enfants ne peuvent être prouvées devant la Cour criminelle en raison de l'âge de l'enfant et de ses relations avec l'agresseur - cela entraîne un taux de dénonciation très bas et contribue à accentuer le déséquilibre entre le pouvoir de négocier des parties puisque les mères font normalement tout ce qu'elles peuvent pour protéger leurs enfants;

5. Quelques auteurs mentionnent que puisque la médiation présuppose, du moins en partie, que les familles ont besoin de continuer à fonctionner, la médiation n'est nécessaire que lorsqu'elle doit traiter des questions de garde des enfants et de droit de visite.

6. Les associations féminines s'opposent fortement à la médiation obligatoire parce que:

- le principe même de la médiation veut que les parties participent volontairement au processus;

- les femmes sont placées dans une situation désavantageuse pour les raisons expliquées sous la rubrique "Négociation";

- le plus souvent la violence au foyer demeure secrète;

- les femmes ont obtenu la reconnaissance de droits importants dans le domaine de la famille et retirer des tribunaux les affaires en ce domaine équivaudrait à enfermer les intérêts des femmes dans un cadre où il existe moins de contrôle et de protection (la privatisation).

B. Le déséquilibre des forces et la négociation

1. Bien qu'on présume que les deux parties à la médiation connaissent leurs droits et peuvent négocier pour elles-mêmes, cet équilibre est rare.

2. Les recherches (faites par Mnookin, Ricci, Weit, Gilligan) ont identifié les attitudes sociales et les circonstances qu'ont connues les femmes et qui les mettent dans une situation d'infériorité dans le processus de médiation.

a) les femmes ne fondent pas sur la règle juridique leur droit aux aliments, aux biens et à la garde des enfants. Elles fondent leur droit sur leur rôle à titre de conciliatrice et de gardienne de la cellule familiale;

b) dans ce rôle de conciliatrices, les femmes sont habituées à coopérer, à éviter des risques, à s'imposer des sacrifices et à s'accommoder de ce qu'elles ont.

c) souvent les femmes se sentent obligées de négocier pour leurs enfants plutôt que pour elles-mêmes.

4. Le Dr Isolina Ricci, une médiatrice expérimentée, a constaté que ces comportements pouvaient se retrouver aussi bien chez les femmes de carrière que chez les femmes au foyer.

5. En vue d'aider à redresser ce déséquilibre des forces, le médiateur doit savoir et comprendre que ce déséquilibre structurel et social entre les hommes et les femmes se reflète chez les individus. Les médiateurs doivent être vigilants afin de déceler les façons subtiles qui font que les femmes tombent ou sont poussées dans ce rôle de conciliatrice. (l'article de Leitch)

6. En 1985, Beer et Stief ont conclu que les femmes recouraient à la médiation pour éviter les conflits alors que les hommes le faisaient pour obtenir une meilleure entente. A cause de ces deux attitudes différentes, la médiation peut défavoriser les femmes.

7. Dans l'étude Ellis/Ryan, la médiation convenait à moins de 25 p. 100 des couples examinés. Les méthodes de sélection pour éliminer les couples inaptes sont difficiles et peuvent être inexactes.

C. <u>Quand la médiation devrait-elle commencer?</u>

1. Les associations féminines craignent que la médiation retardera la délivrance d'ordonnances intérimaires. Il en résulte un certain nombre de problèmes:

- les délais peuvent permettre la dilapidation des biens;

- les femmes et les enfants sont généralement les plus économiquement faibles - ce qui ajoute au déséquilibre du pouvoir de négociation des femmes;

- il n'y a pas de calendrier établi pour la médiation;

- les femmes qui laissent le foyer peuvent subir un préjudice dans les demandes subséquentes de possession exclusive d'aliments ou de garde s'il s'écoule un délai avant l'introduction de leur action.

2. Voir les questions précédentes à l'égard de la violence au foyer et des mauvais traitements infligés aux enfants pour justifier le besoin de protection juridique et du développement des ressources personnelles (émotionnelles et économiques) avant d'envisager la médiation.

D. Qui sont les médiateurs?

1. On présume que les médiateurs sont objectifs et neutres. On doit tout de même reconnaître qu'un médiateur aborde son travail avec des convictions et une expérience qui peuvent avoir une influence sur le processus de médiation. Ce que le médiateur pense être dans l'intérêt des enfants et le rôle des hommes et des femmes divorcés peut déterminer la façon dont seront menées les séances de médiation (L. Leitch).

2. Les médiateurs ne sont pas tenus de recevoir une formation particulière. Dans les cours qui ont été élaborés, la qualité des programmes varie. Un certain nombre de cours ne traite pas à fond des questions de violence au foyer, des mauvais traitements infligés aux enfants, des réalités économiques des femmes, notamment du coût réel d'élever les enfants, du déséquilibre des forces entre les hommes et les femmes dans les situations de négociation, etc. Une formation théorique et pratique en ces domaines est essentielle.

3. Il y aurait lieu d'examiner les résultats pour les femmes des ententes qui ont fait l'objet de médiation par opposition aux ententes conclues par les avocats. Il est important que les femmes conservent dans le processus de médiation les droits qu'elles ont lors de la dissolution du mariage et qui ont été récemment reconnus par la loi et la jurisprudence.

E. La garde conjointe

1. On a constaté que la majorité des médiateurs au Canada, aux États-Unis et en Grande-Bretagne préférait en principe les ententes de garde conjointe.

2. Les idées de certains médiateurs sur la façon dont la famille doit être structurée après la séparation (c'est-à-dire presque toujours en assumant que la garde devrait être conjointe) sont considérées par les associations féminines comme partiales. Des études démontrent que la garde conjointe n'a du succès que dans des circonstances très limitées.

3. Les associations féminines prétendent que la garde conjointe augmente les droits du conjoint qui n'a pas la garde sans pour autant accroître sa responsabilité à l'égard des enfants.

4. La médiation regarde vers l'avenir. Cette façon de voir a comme conséquence, non voulue, de sous-évaluer la participation des femmes aux soins à donner aux enfants. Au lieu d'accorder suffisamment d'importance sur la personne qui a effectivement élève les enfants, les promesses faites durant la médiation des soins à leur donner à l'avenir peuvent avoir trop de poids. La continuité dans les soins est généralement dans l'intérêt des enfants.

F. <u>Qui paie le coût de la médiation?</u>

1. En raison de la situation économique des femmes, elles sont moins en mesure de payer les coûts de la médiation. La capacité de payer ces coûts est plus grande chez les hommes. Puisque les hommes sont généralement ceux qui paient les frais, la perception chez les femmes de l'impartialité du médiateur est sérieusement compromise.

2. Les médiateurs nommés par les tribunaux ne fournissent pas la même qualité d'aide que les avocats et ne sont pas capables non plus d'empêcher les actes de violence futurs aussi bien que le font ces derniers. Cette observation pourrait aussi s'appliquer aux médiateurs indépendants. (Ellis/Ryan, Toronto, 1987).

G. <u>La divulgation financière</u>

1. Sans l'obligation de divulgation complète de la situation financière exacte des parties à la médiation, toute entente portant sur l'obligation alimentaire à l'égard du conjoint ou des enfants risque de ne pas être juste. Étant donné les réticences récentes des tribunaux à rouvrir les ententes de séparation, il est important d'obtenir une divulgation complète de la situation financière des parties avant de conclure une entente.

2. Sans divulgation ou menace de divulgation, les biens peuvent facilement demeurer cachés au cours de la médiation lorsqu'un conjoint (normalement le mari) possède des biens importants.

H. <u>Le caractère confidentiel</u>

1. Étant donné la difficulté de faire la preuve de la violence au foyer et des mauvais traitements infligés aux enfants, l'absence du caractère confidentiel de la médiation peut avoir pour effet d'empêcher la divulgation et la dénonciation des actes de violence.

2. Si l'une des parties décide de ne pas continuer la médiation, les tribunaux ne devraient pas savoir quel partie a fait ce choix puisque cette conséquence judiciaire négative pourrait avoir pour effet de pénaliser la partie qui a exercé son droit de ne pas avoir recours à la médiation.

I. <u>L'évaluation du processus</u>

L'évaluation en profondeur de tout projet de médiation par un tiers indépendant est d'importance cruciale. L'examen des points suivants est fondamental à toute évaluation.

1. Les effets à court et à long terme de la médiation sur:

- la violence au foyer
- l'obligation alimentaire
- la garde
- le partage des biens
- la possession du foyer conjugal
- les droits de visite
- les procédures provisoires
- les enfants
- les comparutions répétées devant les tribunaux sur une période de plusieurs années
- les taux d'observation des ententes.

Quelques sources américaines laissent entendre que les partages de biens sont moins nombreux dans les affaires qui ont fait l'objet de la médiation.

2. Le temps consacré à la médiation pour en arriver à une entente satisfaisante.

3. Le coût des ententes conclues par la médiation comparé au coût des ententes conclues par l'intermédiaire des avocats.

4. L'attitude des hommes et des femmes à l'égard de la médiation par rapport aux méthodes plus traditionnelles de règlement des conflits.

5. Des sondages de l'attitude des médiateurs et avocats à l'égard:

- de la violence au foyer
- des obligations et du temps nécessaire pour devenir financièrement indépendant après la séparation
- la garde conjointe
- le partage des biens
- les rôles de l'homme et de la femme au sein de la famille après la séparation.

ANNEXE "B" AU CHAPITRE 4

LA MÉDIATION ET LES PRÉOCCUPATIONS DES FEMMES

BIBLIOGRAPHIE

A. Leitch, M.L. "The Politics of Compromise: A Feminist Perspective on Mediation." Dans D.T. Saponsnek (ed.), Applying Family Therapy Perspectives to Mediation. Mediation Quarterly, no 14/15. San Francisco: Jossey-Bass, 1987.

B. Bottomley, A. "Women in Law: Exploration in Law, Family and Sexuality." 1985

C. Ricci, I. "Mediator's Notebook: Reflections on Promoting Equal Empowerment and Entitlements for Women." Dans Divorce Mediation: Perspectives in the Field, The Haworth Press, 1985, 49-61.

D. Ange, G.M. "Mediation: Panacea or Placebo?", New York State Bar Journal, vol. 57, no. 4, mai 1985.

E. Summers, D.C. "The Case Against Lay Divorce Mediation", New York State Bar Journal, vol. 57, no 4 mai 1985.

F. Cohen, H.N. "Mediation in Divorce: Boon or Bane?", The Women's Advocate, vol V, no 2, mars 1984. (voir "L").

G. Girdner, L.K. "Adjudication and Mediation: A Comparison of Custody Decision-Making Processes Involving Third Parties." Dans Divorce Mediation: Perspectives in the Field, The Haworth Press, 1985, 33-47.

H. Girdner, L.K. "Child Custody Determination - Ideological Dimensions of a Social Problem." In E. Seidman & Rappaport (éd.) Redefining Social Problems, 1986, pp. 165-183.

I. Johnston, J.R., Campbell, E.G. and Tall, M.C. "Impasses To the Resolution of Custody and Visitation Disputes", American Journal of Orthopsychiatry, janvier 1985, 112-128.

J. Fineman, M.L. "Dominant Disclosure: The Professional Appropriation of Child Custody Decision-Making".

K. Woods, L. "Mediation: A Backlash to Women's Progress on Family Law Issues", Clearinghouse Review, Special Issues, été 1985, 431-436.

L. Cohen, Harriet. "<u>Presentation to Conference on Women and Mediation.</u>" (voir "F").

M. Bruch, C.S., "<u>Statement on Mandatory Mediation of Child Custody and Child Support Disputes</u>", N.Y. Assembly Standing Committee on Judiciary, New York, 1985.

MC Goldfarb, S.F., "<u>Statement on Mediation of Child Custody Disputes</u>", N.Y. Assembly Standing Committee on Judiciary, New York, 1985.

N. Hillman, A.S., "<u>Statement on Mediation of Child Custody Disputes</u>", aux audiences de médiation sur les différends relatifs à la garde d'enfants, Assembly Bill 7315/Senate Bill 5127, novembre 1985.

O. Dodges, W.F. "<u>The Effects of Divorce Mediation and Adjudication Procedures on Children</u>", University of Colorado, Boulder, septembre 1984.

P. National Center on Women and Family Law, Inc., "<u>Background Information on Mediation in Family Law/Abuse Cases</u>", New York. (voir "U")

Q. Gamache, D. "<u>Divorce Mediation and Domestic Violence: Considerations for Mediators and Battered Women's Advocates</u>", Minneapolis.

R. Ellis, D. et L. Wight-Peasley, "<u>Wife Abuse Among Separated Women: The Impact of Lawyering Styles</u>" communication présentée à l'Assemblée annuelle de l'International Society for the Study of Aggression, Chicago, Illinois, Juillet 1986.

S. Ellis, D., Ryan, J. et A. Choi, "<u>Lawyers, Mediators and the Quality of Life Among Separated and Divorced Women</u>", un rapport pour le ministère de la Justice, Ottawa.

T. Casale, A.S., "<u>Battering Battered Women: The Use of Mediation</u>", 1984.

U. Marks, L., "<u>Background Information on Mediation in Family Law/Abuse Cases</u>", New York, 1985. (voir "P")

+V. Kelly, Joan B., "<u>Mediated and Adversarial Divorce: Comparisons of Client Perceptions and Satisfaction</u>", communication présentée à l'Assemblée annuelle de l'American Psychological Association, août 1987, New York.

+W. Kelly, Joan B., & Gigy, Lynn, "Divorce Mediation: Characteristics of Clients and Outcomes". Dans Kressell, K., & Pruitt, D. (ed.), The Mediation of Disputes: Empirical Studies in the Resolution of Conflict. San Francisco: Jossey-Bass, sous presse.

+X. Lerman, Lisa G., "Mediation of Wife Abuse Cases: The Adverse Impact of Informal Dispute Resolution on Women", Harvard Women's Law Journal, 1984, pp. 57-113.

+Y. Jaffe, Peter, et al, "Critical Issues in the Development of Custody and Access Dispute Resolution Services".

+Z. Matz, David E., "Why Disputes Don't Go to Mediation" Mediation Quarterly, no. 17, San Francisco: Jossey-Bass, automne 1987, pp. 3-9.

+AA. Wildgoose, Joanne, "Alternate Dispute Resolution of Child Protection Cases", Canadian Journal of Family Law, Vol. 6, pp. 61-84.

+BB. Hart, Barbara et France, Laureen, "Mediation: Consider the Odds".

+CC. McGillivray, Anne, "Battered Women: Definition, Models and Prosecutorial Policy", Canadian Journal of Family Law, Vol. 6, 1987 pp. 16-45.

+DD. Shaffer, Martha, "Divorce Mediation: A Feminist Perspective", University of Toronto Faculty of Law Review, Volume 46, No. 1, Hiver 1988.

+EE. Fassel, Mary Lou et Majury, Diana, "Against Women's Interests: An Issue Paper on Joint Custody And Mediation", préparé pour le Comité national d'action sur le statut de la femme, avril 1987.

Note: Cette bibliographie a été préparée pour le Comité par la Direction de la condition féminine de l'Ontario. Le signe "+" ajouté à la lettre en marge indique qu'il s'agit de l'article ou de l'ouvrage que le Comité a trouvé au cours de ses recherches et qu'il ajouté à la liste.

Rapport du Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille

CHAPITRE 5

LES SUJETS DE MÉDIATION: QUELQUES CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

(i) Conclusions générales sur la médiation

Le Comité a commencé ses travaux par l'examen du sens du mot "médiation". Les membres du Comité étaient parfaitement au courant que la médiation, particulièrement aux États-Unis, avait évolué de différentes façons et pris plusieurs formes. Il était aussi très clair pour les membres du Comité que certaines formes de médiation étaient moins valables que d'autres.

Le Comité s'est entendu que le sens de médiation pour les fins des travaux du Comité serait le suivant: une mesure de rechange non antagonique de règlement des conflits par laquelle un médiateur impartial aide des clients à conclure une entente mutuellement satisfaisante sur des questions concernant la famille.

La médiation en droit de la famille, comme la concevaient les membres du Comité, a été d'abord définie en fonction de ce que les membres du Comité espéraient qu'elle puisse accomplir. Par exemple, il a été convenu que la médiation cherche à aider les clients dans une position de négociation relativement égale à conclure une entente en espérant que la médiation favoriserait l'observation de cette entente et réduirait ainsi la nécessité de retourner devant les tribunaux pour poursuivre la contestation. La médiation était aussi considérée comme un moyen de donner aux clients certaines compétences en matière de négociation qui leur permettraient de régler leurs futurs différends sans l'intervention des tribunaux ou d'autres professionnels. On y voyait aussi un moyen de réduire la tension au sein de la famille et d'empêcher la dilapidation des biens familiaux en contestation inutile. Quant aux responsables de l'administration de la justice, ils voyaient dans la médiation une façon de diminuer le nombre de causes devant les tribunaux, réduisant ainsi le coût de l'administration de la justice.

Les membres du Comité ont convenu que ces objectifs de la médiation n'étaient précisément que des objectifs et non des résultats garantis. Toutefois, les membres du Comité ont reconnu que la médiation donnait la possibilité, une possibilité

peut-être plus grande que celle offerte par la contestation judiciaire, de mettre à la disposition d'une personne qui fait face à la rupture de son mariage ou à d'autres problèmes familiaux, ces résultats valables et ces compétences.

La recherche d'un consensus sur la définition de la médiation amène naturellement la discussion sur ce qu'est la médiation et sur ce qu'elle ne devrait pas être. La médiation ne devrait pas être considérée comme une panacée pour tous les problèmes familiaux ni comme un substitut aux tribunaux. Son rôle est celui d'un mécanisme de rechange au règlement des conflits pour les personnes à qui cette solution convient. Au mieux, elle est un complément à la procédure antagonique.

En fait, la médiation fonctionne le mieux avec à l'arrière-plan la procédure antagonique. La prévisibilité des résultats devant les tribunaux peut aider au succès des négociations.

Le Comité a examiné les sources législatives actuelles de la médiation en droit de la famille en Ontario.

La médiation en droit de la famille en Ontario est actuellement disponible sur une base volontaire seulement: c'est-à-dire que les deux parties doivent consentir à y participer. Cette médiation est disponible en vertu des dispositions suivantes de la Loi de 1986 sur le droit de la famille:

> 3.--(1) Dans une requête présentée en vertu de la présente loi, le tribunal peut, à la suite d'une motion, nommer comme médiateur chargé de régler une question que le tribunal précise une personne choisie par les parties.
>
> (2) Le tribunal ne nomme, comme médiateur, qu'une personne qui satisfait aux conditions suivantes:
>
> a) elle consent à agir en cette qualité;
>
> b) elle accepte de déposer son rapport auprès du tribunal dans les délais que celui-ci impartit.
>
> (3) Il incombe au médiateur de conférer avec les parties, et avec les enfants si cela lui apparaît opportun, et de chercher à faire conclure une entente entre les parties,
>
> (4) Avant de commencer la procédure de médiation, les parties déterminent si:

a) le médiateur déposera un rapport complet sur la médiation, y compris tout point qu'il juge pertinent;

b) le médiateur déposera un rapport limité précisant seulement les termes de l'entente conclue entre les parties ou le fait qu'elles ne sont pas parvenues à une entente.

(5) Le médiateur dépose son rapport, dans la forme convenue entre les parties, auprès du greffier du tribunal et en donne une copie à chaque partie.

(6) Si les parties ont décidé que le médiateur déposera un rapport limité, la preuve des propos tenus pendant la procédure de médiation ou des déclarations ou des aveux qui y ont été faits n'est pas admissible, sauf si toutes les parties à l'instance au cours de laquelle le médiateur a été nommé y consentent.

(7) Le tribunal met les honoraires et les dépenses du médiateur à la charge des parties et précise dans l'ordonnance la part des honoraires et des dépenses que chaque partie doit payer.

(8) Le tribunal peut exiger qu'une partie paie la totalité des honoraires et des dépenses du médiateur s'il est convaincu que ce paiement causerait de sérieuses difficultés financières à l'autre ou aux autres parties.

Des dispositions semblables figurent à l'article 31 de la Loi portant réforme du droit de l'enfance.

Les dispositions suivantes relativement nouvelles de la Loi de 1985 sur le divorce ont aussi donné plus de visibilité à la médiation en droit de la famille:

Devoirs de l'avocat

9 (2) Il incombe également à l'avocat de discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux dans cette négociation.

Attestation

(3) Tout acte introductif d'instance, dans une action en divorce, présenté par un avocat à un tribunal doit

comporter une déclaration de celui-ci attestant qu'il s'est conformé au présent article.

Il existe en Ontario et dans l'ensemble du Canada des centaines sinon des milliers de médiateurs qui offrent leurs services pour aider au règlement des conflits familiaux. Dans certains cas, les parties en litige consultent ces médiateurs comme conséquence des dispositions législatives ci-dessus. Toutefois, dans bien des cas, elles se sont dirigées vers un médiateur pour que celui-ci les aide à solutionner un problème familial et avant qu'une action ait été intentée.

Il est difficile d'évaluer l'utilisation que font les familles des services de médiation privés ou publics. Il n'y a pas de doute que le recours à la médiation a augmenté au cours de la dernière décennie mais les conflits familiaux qui ont fait l'objet de médiation ne représentent qu'un faible pourcentage des conflits qui se retrouveront éventuellement devant les tribunaux.

Le Comité est unanime dans sa conclusion que la médiation en droit de la famille en Ontario est une réalisation positive et qu'elle devrait être beaucoup plus accessible. Il s'agissait alors pour le Comité de tâcher de découvrir la meilleure façon de donner accès à ce service et d'identifier les personnes les plus susceptibles de bénéficier de cette solution de rechange de règlement des conflits.

Il a été aussi convenu que même si le Comité considérait la médiation comme une réalisation positive, les services de médiation existants en Ontario consistent essentiellement en une série de programmes disparates, publics et privés, qui ne sont ni financés ni appuyés de façon cohérente.

Par exemple, des services de médiation pour les conflits en droit de la famille, financés par les fonds publics (en tout ou en partie), sont actuellement disponibles en Ontario en cinq endroits. Le Frontenac Family Referral Service offre des services de médiation dans la ville de Kingston depuis plus de dix ans, dans le cadre d'un contrat privé. Les services de médiation qu'il offre à la collectivité embrassent tous les problèmes relatifs à la famille, notamment la garde, le droit de visite, la pension alimentaire et le partage des biens.

Par contre, le service de médiation rattaché à la Cour provinciale (Division de la famille) situé au 311, rue Jarvis, à Toronto, offre depuis plus de dix ans des services seulement en matière de garde, de droit de visite et d'obligation alimentaire.

La Cour unifiée de la famille de Hamilton-Wentworh offre des services semblables. Une description plus détaillée de ces services figure dans les études documentaires.

Il n'y a pas de doute que les services fournis sont nécessaires mais ils ne sont pas accessibles de façon cohérente dans l'ensemble de la province. Le Comité a été unanime à conclure que la médiation devrait être accessible aux personnes de toutes les régions de l'Ontario.

Le Comité fait donc les recommandations suivantes à l'égard de la médiation en droit de la famille en Ontario:

Conclusion 1. La médiation en droit de la famille est une solution de rechange, volontaire et non antagonique, de règlement des conflits par laquelle un médiateur impartial aide des clients, dans des positions de négociation relativement égales, à conclure une entente mutuellement satisfaisante sur des questions concernant la famille. En aidant les clients à arriver à une entente, la médiation se veut un moyen de favoriser l'observation de cette entente et de réduire ainsi le recours aux tribunaux, soit pour l'appliquer soit pour la clarifier.

Conclusion 2. La médiation vise aussi à donner aux clients certaines compétences en matière de négociation qui leur permettent de régler eux-mêmes leurs futurs différends. La médiation peut réduire la tension et l'antagonisme au sein de la famille et la dilapidation, par des contestations judiciaires, des biens familiaux. Elle peut aussi contribuer à diminuer le nombre de causes en droit de la famille devant les tribunaux, réduisant ainsi le coût de l'administration de la justice.

Conclusion 3. La médiation en droit de la famille n'est pas un substitut aux tribunaux ni à la procédure antagonique dans les conflits familiaux. Elle n'est pas uniquement une solution de rechange à la procédure antagonique mais un complément à cette dernière.

Conclusion 4. La médiation en droit de la famille en Ontario est disponible sur une base volontaire, c'est-à-dire que si les deux parties y consentent. Cette médiation est disponible en vertu des dispositions de la Loi de 1986 sur le droit de la famille et de la Loi portant réforme du droit de l'enfance et est spécifiquement encouragé par les dispositions de la Loi sur le divorce de 1986.

Conclusion 5. La médiation en droit de la famille en Ontario est une réalisation positive qui devrait être beaucoup plus accessible, selon le modèle proposé par le Comité.

Conclusion 6. Les services de médiation existants en Ontario consistent en une série de programmes disparates qui ne sont ni financés ni appuyés de façon cohérente. Bien que certains services existants répondent aux besoins, ils ne sont pas accessibles dans l'ensemble de la province. La médiation devrait être accessible aux personnes de toutes les régions de l'Ontario.

(ii) Matières se prêtant à la médiation

La question de savoir quelles sont les matières qui se prêtent à la médiation a donné naissance à deux théories en Ontario. Les services de médiation sont soit globaux, (embrassant toutes les matières) ou limités à la garde, au droit de visite et, en certains cas, à l'obligation alimentaire.

Les partisans de la médiation globale font valoir qu'il n'est pas très logique de diviser les questions de garde et de droit de visite des autres questions ayant une incidence financière comme l'obligation alimentaire et le partage des biens familiaux. Cette façon de procéder, disent-ils, donne des résultats arbitraires et déformés puisque des décisions bien fondées sur les questions touchant la famille ne peuvent être prises sans tenir compte de la décision quant au conjoint le plus apte à assumer la charge financière de l'enfant. Les partisans de cette théorie mentionnent que le bon sens commande que la famille et le médiateur traitent de toutes les questions relatives à la famille à la même étape du processus.

Comme la médiation est une forme de négociation, on restreint automatiquement la possibilité d'une "négociation intégrée" en limitant le nombre des questions à discuter. La négociation intégrée a été définie comme un mode de négociation qui permet aux parties de s'échanger des concessions réciproques sur les différentes questions en litige. Comme le faisait remarquer un auteur:

> [TRADUCTION] "...l'examen simultané de la garde des enfants et des questions financières augmente de façon sensible le nombre de solutions qui s'offrent au couple. La négociation intégrée a donc pour effet de maximiser la satisfaction de chaque conjoint à l'égard du processus de médiation et, par conséquent, d'augmenter la possibilité d'en arriver à une entente mutuellement satisfaisante et de s'engager à observer cette entente dans la vie quotidienne, tout en réduisant la possibilité de contestations judiciaires subséquentes."

Bien que la médiation intégrée semble une façon attrayante de régler toutes les questions en même temps, elle n'est pas sans défaut. Ce genre de médiation exige un médiateur compétent non seulement à l'égard des questions, comme celle de décider de la garde selon le meilleur intérêt de l'enfant, mais aussi à l'égard des questions financières souvent complexes qui exigent une divulgation complète de la situation financière des parties et la connaissance du droit et des règles régissant les biens familiaux. En ce dernier cas, un médiateur devrait prendre garde de ne pas donner l'apparence de fournir des conseils juridiques sur la question des biens.

Le passage suivant d'un article du professeur Nicholas Bala, Is Mediation Appropriate for Matrimonial Property and Support Disputes? démontre les difficultés rattachées à la médiation intégrée.

> [TRADUCTION] "Les médiateurs des différends touchant les biens et l'obligation alimentaire devraient, toutefois, être conscients des difficultés rattachées à ce genre de médiation. Alors que les médiateurs touchant les différends relatifs à la garde et au droit de visite n'ont besoin que d'une connaissance générale du droit, le médiateur qui traite de la question des biens et de l'obligation alimentaire doit avoir une connaissance beaucoup plus approfondie du droit et des incidences fiscales des ententes matrimoniales. De plus, lorsqu'un différend sur les biens ou l'obligation alimentaire est l'objet de la médiation, il est essentiel que chaque partie ait un conseiller juridique indépendant et puisse prendre connaissance de la véritable situation financière de l'autre partie avant d'en arriver à une entente. En fait, une entente conclue sans remplir ces conditions pourrait ne pas être exécutoire devant les tribunaux et pourrait même entraîner la responsabilité civile du médiateur."

Sur la question de la divulgation de la situation financière lors de la médiation, la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario a fait les commentaires suivants:

> [TRADUCTION] "La Direction générale de la condition féminine en Ontario est d'avis que l'information sur la l'exactitude de la situation financière est suffisamment importante pour justifier des conclusions distinctes dans le rapport.
>
> La majorité des membres du Comité a recommandé que les médiateurs devraient "obtenir et partager toutes les données", y inclus les déclarations assermentées sur les biens et la situation financière des parties (conclusion: 37(vi)).
>
> Cette conclusion n'oblige pas le médiateur à s'assurer que des états financiers assermentés soient échangés dans les affaires où les questions en litige portent notamment sur les biens et l'obligation alimentaire. La conséquence a été la création, lors de la rupture du mariage ou de la relation, de deux catégories de parties: celles dont les règlements portant sur les biens et l'obligation alimentaire sont négociés ou décidés d'après des états financiers assermentés (par l'intermédiaire des avocats et des

procédures judiciaires) et celles dont les ententes sont négociées sans l'aide d'états financiers assermentés (lors de la médiation).

La position de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario est que des déclarations assermentées sur les biens et la situation financière des parties doivent être échangées avant le commencement de la médiation.

Pour obtenir ces résultats, trois conclusions devraient être ajoutées:

Conclusion: Les médiateurs ne devraient pas procéder en l'absence d'états financiers assermentés lorsque de tels renseignements sont pertinents, qu'une instance ait été introduite ou non.

Conclusion: Les médiateurs devraient aviser les deux conjoints que la médiation ne débutera pas avant que les deux parties aient échangé leurs états financiers assermentés.

Conclusion: Les médiateurs devraient prévenir tous les clients qu'un accord de séparation résultant de la médiation peut être annulé par un tribunal si l'une des parties ne fournit pas à l'autre des renseignements complets et à jour sur sa situation financière et ses biens.

(La conclusion 37 (vi) du Rapport devrait être supprimée.)"

Après avoir examiné les avantages et les désavantages relatifs de la médiation globale, le Comité est d'accord que la médiation en droit de la famille devrait être globale et par conséquent accessible pour toutes les questions que les clients veulent soumettre à la médiation.

Un autre facteur important en faveur de la médiation globale est le besoin d'établir une forme de médiation qui maximise les possibilités d'évaluation. Le fait de restreindre le modèle de médiation à un ou deux domaines supprimerait toute occasion d'examiner la médiation par exemple des questions relatives aux biens en comparaison avec la médiation des questions de garde ou de droit de visite.

Conscient des conclusions tirées au chapitre 4, le Comité veut toutefois indiquer immédiatement les questions qui ne devraient pas faire l'objet de médiation en Ontario.

Étant donné les nets avantages et le mérite du "modèle d'application de la loi", décrit au chapitre 4, adopté en Ontario pour traiter de la violence au foyer, le Comité conclut que les questions de violence au foyer ne devraient pas faire l'objet de médiation dans le modèle proposé par le Comité.

La Loi de 1986 sur le droit de la famille et la Loi portant réforme du droit de l'enfance créent des infractions pour la violation des ordonnances de ne pas faire et de possession exclusive. Les dispositions du Code criminel relatives aux agressions sont appliquées de façon plus effective dans les affaires de violence au foyer. Ces infractions ne devraient pas pouvoir faire l'objet de médiation étant donné la preuve qu'elles ne font que banaliser la violence au foyer, offrir très peu de protection et donner lieu à des négociations et à des indemnités inadéquates.

Sur cette question de la médiation globale, Fran Kiteley a fait les remarques suivantes:

> "J'exprime ma dissidence à l'égard de la première phrase de la Conclusion 7 à moins que le médiateur traitant de questions autres que la garde ou le droit de visite soit un avocat. Mes raisons pour adopter cette position sont les suivantes:
>
> a) un médiateur qui a une formation professionnelle en santé mentale est probablement la personne la mieux placée pour traiter de la garde et du droit de visite;
>
> b) en ce qui concerne les questions des biens et des aliments, le médiateur doit avoir une expérience et une formation juridiques pour traiter des problèmes parfois simples, mais le plus souvent complexes, que comportent l'égalisation des biens familiaux nets et le règlement de l'obligation alimentaire;
>
> c) il y a parfois chevauchement entre les questions que doivent résoudre le médiateur qui est juriste et celui qui ne l'est pas: par exemple, la possession exclusive du foyer conjugal et l'obligation alimentaire de l'enfant sont souvent intimement liées avec la garde et le droit de visite;
>
> d) lorsqu'il y a chevauchement des questions, l'équipe de médiation devrait comprendre à la fois un juriste et un non juriste."

Par conséquent, quant aux différentes questions qui conviennent à la médiation, le Comité recommande:

<u>Conclusion 7</u>. La médiation en droit de la famille devrait être globale et, par conséquent, accessible pour traiter toutes les questions familiales. La médiation offerte dans le modèle proposé par le Comité ne s'appliquerait pas à la médiation des cas de violence au foyer.

(iii) <u>Participation à la médiation</u>

a) Volontaire ou obligatoire?

Comme nous l'avons mentionné auparavant, présentement la médiation en Ontario est complètement volontaire. Les parties y participent seulement si elles consentent toutes deux à avoir recours à la médiation.

Dans quelques endroits, par exemple en Californie et récemment au Manitoba, la participation à la médiation est obligatoire lorsque le différend entre le père et la mère porte sur les enfants. En Californie (voir la documentation à cette partie obtenue de la Superior Court, State of California County of Alameda Family Court Services) un différend portant sur la garde ou un droit de visite ne sera pas entendu tant que les parties n'auront pas vu un conseiller en médiation.

Le Comité a examiné s'il y avait des arguments convaincants pour s'écarter du modèle purement volontaire actuellement utilisé en Ontario.

Les membres du Comité ont fait remarquer que la médiation obligatoire semblait une contradiction dans les termes. Les membres ont aussi souligné l'existence des différents sens donnés à l'expression "médiation obligatoire". Certains de ses partisans considèrent que la médiation est obligatoire si on doit s'y soumettre à une seule occasion. D'autres considèrent que la médiation obligatoire est une condition préalable au recours à la procédure antagonique.

Selon les membres du Comité, c'est la dernière définition qu'il faut appliquer à la médiation obligatoire et ils ont étudié les avantages et désavantages relatifs de cette formule.

Les avantages de la médiation obligatoire comprennent:

- une participation à la médiation qui pourrait autrement ne pas se produire;

- l'obligation imposée aux conjoints récalcitrants de s'engager dans une véritable négociation avant de s'enfermer dans des positions irréconciliables devant le tribunal;

parmi les désavantages:

- les personnes qui ne peuvent être des candidats à la médiation se verront imposer une participation à un

processus susceptible de ne pas les aider, causant ainsi une perte de temps et de ressources;

- cette affirmation serait particulièrement juste dans les affaires comportant de la violence au foyer;

- dans l'hypothèse où les particuliers peuvent faire un choix éclairé, les usagers devraient pouvoir choisir eux-mêmes leur méthode de règlement du conflit.

Le Comité n'a pas été convaincu que des gains importants seraient réalisés si l'Ontario exigeait une participation à la médiation avant le recours à la procédure antagonique. Au contraire, la médiation obligatoire peut créer des délais, augmenter les coûts et amener à la médiation des clients qui ne peuvent être candidats à la médiation tels les conjoints des familles dans lesquelles il y a eu des actes de violence au foyer.

b) La vulgarisation juridique

Bien que les membres du Comité soient d'accord que la médiation elle-même ne devrait pas être une condition préalable à l'accès à la procédure antagonique, il y aurait de grands avantages à tirer d'une vulgarisation juridique plus poussée dans le domaine du droit de la famille.

Si la médiation doit être volontaire et est envisagée non pas comme un substitut de la procédure antagonique mais comme un complément à celle-ci, les usagers éventuels de l'une ou l'autre méthode doivent être en mesure de choisir celle qui convient le mieux à leurs besoins en se fondant sur une connaissance des faits. La même chose s'applique à l'arbitrage en droit de la famille (voir le Chapitre 7 - Questions connexes).

A partir de là, les membres du Comité ont examiné la définition que donne Médiation familiale Canada de la "médiation obligatoire".

> [TRADUCTION] "Après le dépôt d'une action en divorce dans laquelle il y a des questions en litige, les deux époux doivent assister à une séance d'orientation sur la médiation, avec un médiateur compétent affecté par le tribunal. L'objet de cette première séance serait d'expliquer tous les détails du processus de médiation et d'informer les parties sur la façon d'y avoir accès. Avant que les parties deviennent trop hostiles ou trop engagées dans la procédure antagonique, une session initiale amènerait un plus grand nombre de personnes à participer au processus de médiation. Il existe une responsabilité d'informer les conjoints, le plus tôt possible dans le

> processus, des solutions de rechange qui leur sont accessibles. Tant que les parties n'auraient pas participé à cette séance, l'action en divorce ne pourrait procéder."

Cette démarche est assimilée à une participation obligatoire mais non pas nécessairement à l'obligation de recourir à la médiation ou à d'autres solutions de rechange.

La valeur de la vulgarisation juridique repose sur sa capacité de transformer les membres du public en consommateurs avertis de services juridiques. A titre de consommateurs, ces derniers ont le droit de savoir ce que le système judiciaire leur offre sans avoir à consulter un avocat. De nombreuses publications ont été réalisées au cours des années pour répondre à ce besoin mais rien de vraiment complet n'a été entrepris par aucun niveau de gouvernement.

La plupart des membres du Comité, mais non tous (voir les Conclusions 9 et 10) ont conclu que non seulement serait-il normal de renseigner les consommateurs de services juridiques sur les différents choix qui s'offrent à eux, mais qu'il serait extrêmement valable d'exiger la participation à une séance de vulgarisation juridique au tout début de tout processus judiridique touchant la famille. Cette exigence est particulièrement justifiable si les services de médiation sont financés par les fonds publics. Un programme de vulgarisation juridique appelé "The Separation Divorce Experience" a connu beaucoup de succès à Toronto au cours des dernières années.

Les règles de procédure devraient imposer cette participation dont une ordonnance du tribunal pourrait dispenser dans les cas où elle serait inopportune. Cette dispense pourrait être accordée dans les cas de violence et dans les situations d'urgence ainsi que lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou que les parties ont déjà participé à une séance d'information à une étape antérieure du processus.

Sur cette question d'une participation imposée par les règles de procédure, la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario a fait les commentaires suivants:

> [TRADUCTION] "La Direction générale de la condition féminine de l'Ontario est en faveur d'une plus grande accessibilité à la vulgarisation juridique mais ne croit pas qu'un tel objectif commande l'imposition de procédures qui empêcheraient l'accès au processus juridique. Cette position se fonde sur le raisonnement qui suit et renvoie aux numéros des conclusions du rapport.

La participation volontaire des parties est considérée comme une condition préalable à une médiation fructueuse (Conclusion 8). Elle est définie comme un complément aux tribunaux et à la procédure antagonique dans les conflits touchant la famille (Conclusion 3). En fait, les partisans de la médiation voient son mérite dépasser le cadre du règlement des différends. La Conclusion 2 exprime clairement cette opinion: "L'un des objets de la médiation est de fournir aux parties certaines compétences en matière de négociation en leur donnant un outil pour le règlement de leurs futurs différends". Ainsi, la médiation est vue non seulement comme une solution de rechange aux moyens juridiques traditionnels de règlement des conflits mais aussi comme ayant une valeur intrinsèque.

Toutefois, pour que les parties bénéficient de la médiation comme une solution de rechange au règlement des conflits, il est essentiel qu'elles la choisissent volontairement. En recommandant, à la Conclusion 9 une règle de procédure obligeant la participation à une séance de vulgarisation juridique avant d'avoir accès aux services de médiation financés par les fonds publics ou d'intenter des procédures devant le Tribunal de la famille, le Comité crée un obstacle à la résolution des conflits plutôt que de favoriser une solution de rechange. La Conclusion 9 propose une formule qui va à l'encontre des concepts de la procédure équitable et de l'égalité élaborés par la jurisprudence.

L'imposition d'une règle de procédure, tout en voulant favoriser les services de médiation, a pour conséquence d'empêcher de nombreuses personnes, particulièrement les femmes, d'avoir accès à la justice. Pourtant, l'accès à la justice est garanti par l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés selon lequel la loi ne fait exception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et aux mêmes bénéfices de la loi. La récente décision de la Cour suprême sur l'article 15 dans l'affaire Andrews indique clairement que l'analyse de l'égalité se situe d'abord au niveau de la portée de la loi et que les garanties d'égalité dans la Charte visent à protéger les groupes qui sont socialement, politiquement et légalement défavorisés. L'article 7 de la Charte garantit que le droit canadien devrait être conforme aux principes de justice fondamentale. En fait, le principe de l'égalité d'accès aux tribunaux est fondamental.

Bien que le Comité ne recommande pas de mécanisme législatif, l'imposition d'une obligation de participation nécessite une réforme de la loi. C'est pourquoi il convient d'examiner la portée de la Conclusion 9 tant en fonction de

sa portée concrète sur une telle obligation légale ainsi qu'en fonction de sa constitutionnalité.

Les lacunes au sein du système actuel en matière d'accès à la justice ont amené la création du Comité consultatif sur la médiation en droit de la famille. Le rapport Zuber fait état de ces lacunes. Particulièrement, lorsque le recours demandé est de nature intérimaire et urgente, nous rencontrons dans les faits des problèmes aigus. Cette addition d'un intermédiaire, la vulgarisation obligatoire, lorsqu'une ordonnance relative à l'obligation alimentaire, à la garde des enfants ou au harcèlement est requise, impose aux femmes et aux enfants des risques physiques, émotifs et économiques. De plus, le délai bouleverse toutes les réformes des dernières années qui visaient à rendre ces procédures plus expéditives. Ajoutée aux lacunes actuelles, cette participation obligatoire à des séances de vulgarisation présente de très grandes difficultés logistiques.

Proposer que certaines personnes doivent s'en remettre à des présentations sur vidéocassettes (probablement les résidents des régions rurales ou éloignées ou ceux ne pouvant assister en personne) tandis que les autres assisteraient en personne aux séances équivaut à proposer une régime d'inéquité fondé sur des critères économiques ou géographiques.

Le Comité étaye sa demande de vulgarisation obligatoire sur l'hypothèse que les services de médiation seront financés par les fonds publics. Cela laisse entendre que la séance de vulgarisation obligatoire viserait à diriger ceux qui ne peuvent se permettre les frais d'une action judiciaire vers les services de médiation. Encore une fois, la portée de cette proposition favoriserait deux paliers de justice: un pour les bien nantis et un autre pour les pauvres. Elle ne favorise pas le concept d'une participation volontaire. Bien que de façon concrète les facteurs économiques puissent déterminer l'accès à la justice dans la réalité quotidienne, un modèle de médiation ne doit pas favoriser l'écart.

Évalué selon la norme de l'article 1 de la <u>Charte des droits</u> qui exige que la dérogation à un droit autrement garanti par la <u>Charte</u> puisse "se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique", la condition préalable de participation à une séance de vulgarisation juridique ne serait pas acceptable. La spécificité de cette disposition nous amène à nous poser la question: pourquoi ici et non ailleurs? La réponse serait apparemment pour encourager les gens à avoir recours à la médiation. Toutefois, comme l'accès aux tribunaux est un droit fondamental et que

l'égalité d'accès à ces tribunaux est un droit garanti, la vulgarisation obligatoire constitue un bien modeste avantage lorsqu'on l'évalue en fonction de l'érosion des droits qu'elle entraîne.

Bien qu'en principe, informer les consommateurs de services juridiques des choix qui s'offrent à eux soit profitable, nous sommes d'ailleurs en faveur d'une plus grande accessibilité à la vulgarisation juridique, la participation obligatoire à la vulgarisation ou à d'autres solutions de rechange désavantage vraisemblablement les femmes. Elle les éloigne encore plus d'une prestation complète et rapide des services juridiques, particulièrement lorsque l'introduction de la séance de vulgarisation juridique est reliée au financement des services de médiation par les fonds publics. Il en résultera que bien que plus de personnes pourront se prévaloir des services de médiation comme conséquence de ce programme, ce sera aux dépens du principe d'égalité d'accès à la justice et selon un critère qui relie la forme de justice à la bourse du consommateur."

Le Comité est d'avis que la séance de vulgarisation juridique ne devrait pas avoir uniquement pour but de faire connaître la médiation, mais aussi le droit de la famille en général, le rôle et la fonction des tribunaux ainsi que les droits et obligations en droit de la famille. On y décrira tous les choix disponibles, y compris les autres ressources dans la région comme les établissements protégés, la thérapie, les services de consultation, etc.

Cette séance d'information serait aussi une excellente occasion pour traiter de certaines des préoccupations soulevées au Chapitre 4. La séance d'information devrait fournir des renseignements au sujet de la violence au foyer, du déséquilibre des forces et du parti pris du médiateur. Elle servirait aussi à prévenir les victimes de violence au foyer du fait que la médiation puisse ne pas leur convenir.

Les membres du Comité, encore une fois conscients des préoccupations mentionnées au Chapitre 4, ont conclu que puisque la procédure exigerait la participation aux séances de vulgarisation juridique, il serait préférable, dans certains cas, que les deux conjoints ne soient pas présents à la même séance. C'est le cas lorsque la relation a été empreinte de violence. Il est possible qu'un conjoint puisse, par intimidation, pousser l'autre conjoint à avoir recours à la médiation. Pour éviter cette possibilité et pour répondre aux craintes de l'imposition d'une telle obligation, il a été convenu que les conjoints ne devraient pas être obligés d'assister ensemble à la séance de vulgarisation.

Pour plus de souplesse et d'efficacité, les séances de vulgarisation juridique peuvent être présentées de différentes façons, notamment selon la formule conférence-séminaire ou encore à l'aide de vidéocassettes.

Les séances susciteront vraisemblablement des questions plus précises et le Comité a conclu qu'un médiateur et un avocat devraient être disponibles pour répondre aux questions soulevées par la séance.

Les membres du Comité considèrent que la vulgarisation juridique serait une grande amélioration et ils incitent fortement le ministère du Procureur général, les autres ministères et les groupes intéressés à fournir cette information au public.

Sur la question de dispenser les parties de la vulgarisation juridique, Fran Kiteley a soumis les observations suivantes:

> "Je ne suis pas d'accord avec la deuxième phrase de la Conclusion 9, à savoir que la séance obligatoire de vulgarisation juridique ait lieu aussitôt que possible. Mais en certains cas, il est nécessaire de dispenser rapidement de l'obligation qu'elle ait lieu avant l'introduction d'une instance judiciaire. La Conclusion 9 mentionne que seul "le tribunal" peut accorder cette dispense. Mes remarques sont les suivantes:
>
> a) une requête au tribunal à cette fin ne s'obtient pas sur-le-champ et elle peut empêcher l'avocat d'obtenir immédiatement des ordonnances de protection;
>
> b) une requête au tribunal à cette fin est une dépense inutile. Pour les clients dont le coût des services juridiques est payé par le Régime d'aide juridique de l'Ontario, cela contribuerait à augmenter le coût des services d'aide juridique;
>
> c) les avocats sont les personnes mieux placés pour évaluer la nécessité d'une séance de vulgarisation avant le début de l'instance;
>
> d) un avocat pourrait dispenser de cette séance en attestant qu'elle devrait être remise. On procèderait de la même façon que pour un certificat d'affidavit de documents fait selon les règles de procédure civile. La formule de dispense pourrait être insérée avec les autres formules de tout acte introductif d'instance. Elle serait remplie dans les cas appropriés. De la même façon que pour un certificat d'affidavit de documents,

c'est l'avocat qui, en définitive, devra assumer,devant le tribunal, le recours à la dispense;

e) En une telle situation, la séance obligatoire de vulgarisation juridique aurait lieu aussitôt que possible, dans la mesure où les circonstances s'y prêtent, après l'introduction de l'instance. Pour s'assurer qu'elle ait lieu sans retard, un délai, par exemple de 30 jours à compter de la date de l'introduction de l'instance, pourrait être imposé."

Le Comité fait donc les recommandations suivantes:

Conclusion 8. La médiation en droit de la famille ne peut être efficace que si ceux qui y ont recours y participent volontairement. Par conséquent la médiation en Ontario doit être accessible sur une base volontaire. Tant les clients que le médiateur doivent pouvoir y mettre fin en tout temps.

Conclusion 9. Bien que la médiation doive être volontaire, la prestation de services de médiation financés par les fonds publics ou le recours au tribunal de la famille devrait être assujetti à l'obligation, imposée par une règle de procédure, de participer au tout début du processus à une séance de vulgarisation juridique. Le tribunal pourrait dispenser les parties de cette obligation dans certaines affaires, comme celles comportant de la violence, ou lorsque c'est dans l'intérêt des enfants.*

Conclusion 10. Nos recherches effectuées jusqu'à présent ne nous permettent pas de conclure que la médiation soit un fardeau pour les clients. Toutefois, des préoccupations sérieuses et légitimes ont été soulevées quant aux conséquences possibles de la médiation sur les conjoints et les enfants. L'accessibilité à la médiation en droit de la famille et l'incitation à y participer devraient être assujetties à la mise en place de garanties suffisantes, comme celles établies dans le modèle, pour assurer (i) la protection des enfants et des conjoints battus, (ii) la prise en considération du déséquilibre des forces entre les conjoints et (iii) la protection contre le parti pris du médiateur.*

Conclusion 11. Les séances de vulgarisation juridique devraient fournir des renseignements uniformes relativement:

(i) au droit de la famille en général;
(ii) au rôle et à la fonction de la médiation;
(iii) au rôle et à la fonction de la procédure antagonique devant les tribunaux;

(iv) aux droits et obligations des conjoints ainsi qu'aux droits des enfants en droit de la famille;

(v) aux ressources locales disponibles.

Conclusion 12. La séance de vulgarisation juridique devrait faire partie des garanties mentionnées à la Conclusion 10 et mettre l'accent sur les questions de la violence au foyer, du déséquilibre des forces entre les conjoints et du parti pris du médiateur.

Conclusion 13. Les séances de vulgarisation juridique ne doivent pas permettre, ni faciliter indirectement, des contacts non désirés entre les conjoints ou autres clients qui ne devraient pas être obligés d'y assister ensemble. Les séances devraient être dispensées aux parties séparément. La séance de vulgarisation peut être offerte à des groupes ou à des individus, selon la formule des conférences-séminaires ou encore à l'aide de vidéocassettes.

Conclusion 14. Les séances de vulgarisation juridique peuvent susciter des questions quant à la médiation ou à la procédure antagonique. Un médiateur et un avocat devraient être disponibles pour répondre à ces questions si les clients le désirent.

Conclusion 15. Les familles en situation de conflit et le public en général ont besoin de plus de renseignements au sujet du droit de la famille, de la procédure antagonique et de la médiation. Le ministère du Procureur général, de concert avec d'autres ministères et organismes, la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario, les associations représentant les médiateurs et les avocats ainsi que les autres groupes concernés devraient offrir de l'information (vulgarisation) juridique sur les services de médiation et la procédure antagonique afin que les clients soient bien renseignés.

(iv) La violence au foyer et la médiation

Le Comité a examiné les conséquences de la violence au foyer dans le contexte de la capacité d'une personne de véritablement négocier pendant le processus de médiation. La violence au foyer peut éliminer l'égalité relative des forces de la négociation en présence, égalité nécessaire à la conclusion d'une entente juste.

En étudiant cette question de la violence au foyer, le Comité l'a définie (en s'inspirant de l'ouvrage "Wife Assault Manual" de Deborah Sinclair qu'il remercie) de la façon suivante:

> "L'intention d'un conjoint d'intimider par des menaces ou par l'usage de force physique contre la personne ou les biens de l'autre conjoint. L'objet de l'agression est de contrôler le comportement du conjoint en lui inspirant un sentiment de crainte. Le déséquilibre des forces entre la victime et l'agresseur demeure sous-jacent dans tous les cas d'agression."

Comme il en a été question au Chapitre 4, il existe deux façons d'aborder les actes de violence au foyer - soit le "modèle d'application de la loi", qui repose sur l'application du droit pénal, et le "modèle de conciliation", qui cherche à mettre fin à la violence par voie de médiation. Le Comité accepte le recours à l'application de la loi et a conclu que les actes de violence au foyer peuvent être traités de façon plus efficace par l'application des dispositions du Code criminel relatives à l'agression et des infractions provinciales, relativement nouvelles, prévues dans la Loi de 1986 sur le droit de la famille et la Loi portant réforme du droit de l'enfance. Sont comprises parmi ces infractions provinciales la violation d'une ordonnance de ne pas faire ou d'une ordonnance de possession exclusive du foyer conjugal.

L'une des questions qui a retenu l'attention du Comité a été celle de savoir si toutes les personnes qui avaient connu des situations de violence au foyer devaient être virtuellement éliminées de l'accès aux services de médiation.

Au départ, le Comité a énoncé un principe bien clair: les actes de violence eux-mêmes ne devraient jamais faire l'objet de médiation pas plus que les infractions décrites ci-dessus.

La Direction générale de la condition féminine de l'Ontario n'est pas d'accord avec plusieurs des énoncés qui suivent dans cette partie du rapport. Un astérisque, à la fin de ces énoncés, indique ce désaccord.

Si un conjoint est inculpé d'agression aux termes du Code criminel ou d'une des infractions provinciales mentionnées ci-dessus, ces infractions ne devraient jamais faire partie des négociations ou de la médiation portant sur d'autres questions concernant la famille.

La violence au foyer est une chose qu'on doit reconnaître et qu'on ne peut ignorer. Les clients qui révèlent l'existence de violence doivent comprendre qu'une telle divulgation, acceptée comme crédible et appuyée par les faits, est susceptible de les empêcher d'avoir recours à la médiation comme moyen de résoudre leurs différends. De la même façon, les personnes inculpées d'infractions doivent être conscientes que seuls les tribunaux peuvent disposer d'affaires relevant du droit pénal. Ces infractions ne peuvent, au cours de la médiation, faire l'objet de négociations qui pourraient les écarter ou en minimiser la portée. Les deux conjoints doivent aussi savoir qu'une fois une dénonciation pour une infraction pénale est portée, la responsabilité d'y donner suite ou de la retirer repose uniquement sur la Couronne.

Le Comité devait répondre à une question difficile: est-ce que tous les clients, qui ont connu une expérience de violence au foyer, sont inaptes à la médiation?

Le Comité reconnaît que la violence ne devrait pas être le seul critère pour exclure les clients de la médiation. L'inaptitude à participer à la médiation est causée par les effets de la violence sur l'égalité relative des forces de négociation entre les conjoints. Le Comité accepte que lorsque la violence a créé un déséquilibre de forces grave et profond, les clients sont inaptes à la médiation. Lorsque le déséquilibre des forces causerait un préjudice à un des clients qui serait nettement désavantagé au cours de la négociation, il ne devrait pas y avoir accès aux services de médiation. (* à l'égard du dernier paragraphe).

Le Comité s'est rendu compte qu'il s'agissait de voir si un service de médiation serait en mesure de distinguer les usagers éventuels de la médiation chez qui la violence au foyer avait créé un déséquilibre entre les forces de négociation. Le Comité a conclu qu'il était possible de faire une telle sélection qui serait considérée comme une deuxième ligne de défense (la vulgarisation juridique étant la première) pour les conjoints ayant connu la violence au foyer. (* à l'égard de la dernière phrase). Le service de médiation doit prendre les précautions nécessaires pour identifier de tels clients.

Le moment le plus stratégique (après avoir renseigné les usagers éventuels par l'intermédiaire des séances de vulgarisation juridique) pour distinguer ces clients se situe

lors de la sélection alors que les usagers éventuels peuvent être vus individuellement et interrogés avec compassion, quant à leurs expériences. A ce moment-là, les personnes bien formées à cette sélection, capables de créer une atmosphère où la divulgation de la violence peut se faire aisément, devraient faire tous les efforts pour identifier les usagers éventuels qui pourraient se trouver dans une position de déséquilibre des forces en raison de cette violence.

Alors que l'étape de la sélection est le meilleur moment pour identifier de tels clients, il est nécessaire de faire preuve du même esprit de discernement tout au cours du processus de médiation. Inévitablement, ce processus continu de sélection permettra d'identifier des personnes inaptes à la médiation. Ces dernières ne peuvent tout simplement pas être renvoyées et laissées à elles-mêmes au sein de la procédure antagonique. Qu'elles soient identifiées au moment de la sélection ou plus tard, ces personnes doivent être appuyées pour les révélations qu'elles ont faites, encouragées à consulter un avocat indépendant (si elles ne l'ont pas déjà fait) et à examiner la possibilité d'avoir recours à des ordonnances de protection ainsi qu'aux autres ressources disponibles dans la collectivité.

En pareilles circonstances, il faut mettre au premier rang la sécurité des clients. La médiation devrait prendre fin et on devrait élaborer une stratégie pour aider les clients à trouver une autre façon de résoudre leurs difficultés, laquelle protégerait le conjoint qui a été victime de violence.

Les décisions quant à savoir si la violence au foyer dont est victime un conjoint le rend inapte à négocier sont nécessairement subjectives. On dira qu'elles donneront lieu à une quantification de la violence et celle-ci sera divulguée sans être prise au sérieux. Les auteurs de ces critiques craindraient, à juste titre, que dans un processus qui mesure la violence en fonction du pouvoir de négociation, de mauvaises décisions seront prises et que seront soumis à la médiation des cas qui ne devraient pas l'être. Le Comité a examiné attentivement ces préoccupations et conclu que pour y répondre il fallait énoncer bien clairement qu'en prenant des décisions de cette nature, le médiateur ou la personne responsable de la sélection devrait pécher par excès de prudence et mettre fin à la médiation lorsqu'il est révélé qu'il existe de la violence au foyer et que cette violence semble avoir entraîné un déséquilibre des forces. (* à l'égard de ce dernier paragraphe).

Dans certains cas, la violence sera mise à jour et la personne responsable de la sélection ou le médiateur décidera que bien qu'il y ait effectivement eu violence, celle-ci n'a pas eu

pour effet de rendre les conjoints inaptes à la médiation d'une manière significative. (* à l'égard du dernier paragraphe)

La prestation des services de médiation doit être faite de façon à offrir la protection maximale aux conjoints. Par exemple, le médiateur devra rencontrer les clients séparément et faire la navette entre les parties. Le médiateur devrait inciter les clients à consulter fréquemment leurs avocats respectifs et à recourir à d'autres mesures de protection. (* à l'égard du dernier paragraphe).

En dernière analyse, le Comité en est arrivé à la conclusion que la violence en soi ne devrait pas exclure les clients des services de médiation. Le facteur déterminant est l'effet de la violence sur le pouvoir relatif de négociation des clients. Si la violence au foyer rend une personne inapte à négocier avec l'autre conjoint, le recours à la médiation est alors exclu. (* à l'égard du dernier paragraphe).

Dans un domaine connexe, le Comité a accepté que ces recommandations soient mises en vigueur dans le cadre d'un projet pilote ou d'essai pour en permettre l'évaluation. La relation entre la violence au foyer, la médiation, la procédure antagonique et l'échec du mariage est une question qui mérite une évaluation sérieuse et c'est pourquoi elle ne devrait pas être exclue du présent modèle. (* à l'égard de "c'est pourquoi elle ne devrait pas être exclue du présent modèle").

Sur cette question de la violence au foyer, la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario fait les commentaires suivants:

> [TRADUCTION]"La Direction générale de la condition féminine de l'Ontario n'est pas du même avis. Sa position est que dans les affaires où il existe ou a existé de la violence au foyer, la médiation ne convient pas et, par conséquent, il ne s'agit pas d'une option qui devrait être offerte aux parties.
>
> La position de la Direction s'explique. Dans le cadre de travail choisi par le Comité, une très grande importance a été consacrée à la question de la violence au foyer, définie à la Conclusion 16, et à l'aptitude à la médiation. A la Conclusion 1, l'aptitude des parties à se soumettre à la médiation est liée à l'égalité de leur pouvoir de négociation.
>
> La Direction est d'accord qu'aucune médiation ne doit avoir lieu lorsque les parties ne sont pas dans des positions de négociation relativement égales. Nous sommes d'accord que "le déséquilibre entre les pouvoirs de négociation de la

victime et de l'agresseur demeure sous-jacent dans tous les cas d'agression". Nous voulons bien indiquer que l'agression comprend non seulement la violence au foyer contre le conjoint mais aussi la violence ou les menaces contre les autres membres de la famille, notamment les enfants.

Par conséquent, nous ne souscrivons pas à la Conclusion 22, selon laquelle il faut une constatation que non seulement une partie à la médiation a été victime de violence au foyer mais aussi que cette violence l'a rendue inapte à la négociation, avant de mettre fin à cette dernière. Dans tous les autres cas que ceux comportant la violence au foyer, le déséquilibre relatif de forces de négociation rendrait les parties inaptes à la médiation. La violence au foyer est, par définition, une cause de déséquilibre des forces de négociation au sein de la relation: dans le contexte d'une intention d'intimidation, les parties ne peuvent guère être perçues comme des partenaires dans une position de négociation relativement égale. Par conséquent, nous recommandons que lorsque le responsable de la sélection ou le médiateur constate l'existence de violence au foyer, la médiation prenne fin immédiatement.

La Direction est d'accord avec la Conclusion 17, à savoir que les actes de violence au foyer sont traités de façon plus efficace par les tribunaux et ne devraient, dans aucun cas, faire l'objet de médiation. Toutefois, l'énoncé dans la Conclusion 18, à savoir que "ces infractions ne devraient jamais être prises en considération dans les négociations ou dans la médiation portant sur d'autres questions concernant la famille" suscite des inquiétudes. Comme tous les cas de violence au foyer, ceux que les tribunaux ont traités comme des infractions au Code criminel ou aux lois provinciales ne devraient pas être ignorés lorsqu'on doit se prononcer sur l'égalité relative des positions de négociation des parties.

La façon de décider quels sont les cas qui ne devraient pas faire l'objet de médiation préoccupe grandement la Direction. Comme il en est fait état dans l'Annexe "A" du Chapitre 4, le Service de conciliation familiale de Winnipeg a examiné les taux de divulgation de la violence au foyer dans le cadre du modèle de médiation obligatoire du Manitoba. Seulement 10 p. 100 des femmes ont révélé d'elles-mêmes l'existence de violence au foyer alors que 25 p. 100 l'ont fait lorsqu'on leur a demandé précisément si elles avaient été battues. Pourtant, les études démontrent que dans les familles séparées le pourcentage des femmes battues s'élève à près de 50 p. 100. On peut comparer ces données avec le taux généralement accepté d'agression contre les femmes dans la société en général, qui est évalué de

façon conservatrice à 13 p. 100 (soit une femme sur huit vivant avec un conjoint de sexe masculin). Par conséquent, les responsables de la sélection et les médiateurs ont la lourde responsabilité de déceler l'existence de la violence au foyer.

De plus, les raisons expliquant le taux peu élevé de divulgations sont complexes. Le silence avec lequel les femmes acceptent les mauvais traitements dont elles sont victimes a plusieurs causes, notamment leur protection et celle de leurs enfants. Aussi les femmes retiennent souvent les fausses conceptions que se fait la société de la violence au foyer, ce qui les fait éprouver des sentiments de culpabilité, de honte, d'humiliation, de manque de confiance en soi, d'impuissance et de crainte. Traditionnellement, les victimes ont toujours eu peur de sortir de l'ombre et lorsqu'elles l'ont fait, le plus souvent on ne les a pas crues. Une autre réaction fréquente de la société est de reprocher aux femmes d'être la cause des mauvais traitements dont elles sont victimes et de tirer un voile sur les manifestations de cette violence.

Actuellement, l'Ontario n'offre pas aux médiateurs (ou aux responsables de la sélection) un programme de formation qui pourrait leur fournir les outils nécessaires pour détecter l'existence de la violence au foyer. Comme le Comité attache beaucoup d'importance à la formation dans la détection de la violence au foyer, il doit s'assurer que la formation est satisfaisante et obligatoire. En l'absence de normes assurant une telle formation, nous devons supposer que le degré de divulgation de la violence au foyer demeurera inchangé. Ceci constitue un risque pour les femmes qui s'engagent dans la médiation.

C'est pourquoi, pour la Direction générale de la condition féminine, tout modèle de médiation en matière d'échec de mariage, financé par les fonds publics, doit exclure les clients qui ont été victimes de violence au foyer. Si la découverte de cette violence se fait au cours de la sélection ou au cours de la médiation, celle-ci doit se terminer sur-le-champ. Toutefois, en raison de la fréquence de la violence au foyer au sein de notre société, du taux beaucoup plus élevé de cette violence chez les couples séparés et cette hésitation à divulguer ou à fréquemment reconnaître l'existence de la violence au foyer, la Direction veut souligner le besoin urgent d'élaborer une méthode efficace de formation des médiateurs et des responsables de la sélection. Cette formation est la seule façon de s'assurer qu'un nombre excessif de femmes, qui sont dans une situation de faiblesse pour négocier, ne se

retrouvent en médiation pour conclure des ententes concernant leurs enfants et leurs biens."

Le Comité recommande donc ce qui suit:

Conclusion 16. La violence au foyer, pour les fins de ce rapport, se définit comme suit: l'intention d'un conjoint d'intimider, soit par des menaces soit par l'usage de force physique contre la personne ou les biens de l'autre conjoint. L'objet de l'agression est de contrôler le comportement du conjoint en lui inspirant un sentiment de crainte. Le déséquilibre entre les pouvoirs de négociation de la victime et de l'agresseur demeure sous-jacent dans tous les cas d'agression.

Conclusion 17. Les actes de violence au foyer peuvent être traités de façon plus efficace par l'application des dispositions du Code criminel relatives à l'agression et des infractions provinciales prévues dans la Loi de 1986 sur le droit de la famille et la Loi portant réforme du droit de l'enfance.

Conclusion 18. Les actes de violence ainsi que les infractions prévues au Code criminel et aux lois provinciales mentionnées ci-dessus ne devraient jamais faire l'objet de médiation. De plus, ces infractions ne devraient jamais être prises en considération dans les négociations ou dans la médiation portant sur d'autres questions concernant la famille.*

Conclusion 19. Le modèle de médiation doit prévoir les moyens nécessaires pour éliminer, des usagers éventuels de la médiation, les personnes qui en raison de la violence en leur foyer sont inaptes à négocier ou à participer à la médiation.*

Conclusion 20. A toutes les étapes de la médiation, mais particulièrement au moment de la sélection des clients, le service de médiation doit faire tous les efforts pour identifier les usagers éventuels qui ont été victimes ou sont victimes de violence au foyer. Le service de médiation doit décider si la violence en cause met les clients dans une situation d'inégalité qui empêcherait la négociation.*

Conclusion 21. Les personnes responsables de faire la sélection pour le service de médiation devraient avoir une formation particulière pour être capables de reconnaître les signes de violence au foyer et traiter de ces questions et de créer une ambiance dans laquelle les conjoints se sentiront à l'aise de divulguer l'existence de violence.

Conclusion 22. Lorsqu'un client a été identifié comme ayant été victime de violence au foyer et, en conséquence, inapte à négocier, la médiation prend fin et le client est encouragé à consulter immédiatement un avocat indépendant et à envisager,

dans les meilleurs délais, la demande d'ordonnances de protection.*

Conclusion 23. Les décisions quant à savoir si la violence au foyer dont est victime un client le rend inapte à négocier sont nécessairement subjectives. En prenant une telle décision, le médiateur ou la personne responsable de la sélection devrait plutôt pécher par excès de prudence et mettre fin à la médiation lorsqu'il est révélé qu'il existe de la violence au foyer.*

Conclusion 24. Lorsque la violence au foyer est connue mais que la personne responsable de la sélection ou le médiateur conclut que cette violence ne rend pas le client inapte à négocier et que ce dernier veut avoir recours à la médiation et a consulté un avocat indépendant, le médiateur devrait encore mener la médiation de façon à offrir la protection maximale au conjoint victime de cette violence. En pareilles circonstances, le médiateur devrait envisager de voir les clients séparément, faire la navette entre eux lors de la médiation et les inciter à consulter fréquemment leurs avocats respectifs et à recourir à d'autres mesures de protection.*

Conclusion 25. Les liens entre la violence au foyer, la médiation, la procédure antagonique et l'échec du mariage doivent être examinés comme un élément de l'évaluation générale du service de médiation.

(v) Moment de la médiation

Le Comité a examiné le bien-fondé de l'accessibilité à la médiation après qu'une instance a été introduite de façon à ce que les parties puissent avoir une solution de rechange au règlement de leurs conflits en cas d'échec de la procédure antagonique.

Il y avait accord sur le fait que le moment auquel intervient la médiation peut être d'une importance cruciale pour les parties. Certains partisans de la médiation ont fait valoir que le plus tôt la médiation est offerte, plus grandes sont les chances des clients de régler leurs différends. Si la médiation peut être offerte avant que la dépense d'énergie et d'argent par les parties dans le litige ne les ait placés dans une situation irréconciliable, un règlement de leurs conflits demeure possible.

En revanche, d'autres faits démontrent que la médiation peut également être efficace plus tard au cours de l'instance lorsque les parties sont lasses de la confrontation.

Il y a peu de doute au sein du Comité qu'en définitive il n'est pas tellement important de savoir quand la médiation est le plus efficace puisque celle-ci devrait être offerte à toutes les étapes du processus, c'est-à-dire avant l'introduction de l'instance, pendant celle-ci et, si nécessaire, après qu'elle est terminée.

Dans le Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario, le juge Zuber s'est aussi penché sur la question du moment où doit intervenir la médiation et il a recommandé que les parties y ait accès avant l'introduction de la requête. Il semble inopportun de demander aux parties de s'engager dans la procédure antagonique afin d'avoir recours à un mécanisme qui constitue une méthode parallèle de règlement des conflits. Le juge Zuber a fait la recommandation suivante :

> "L'enquête recommande donc que les règles relatives aux causes matrimonales soient modifiées pour stipuler qu'avant toute introduction de requête, l'un ou l'autre conjoint puisse demander une médiation et que, au reçu d'une telle requête, un service de médiateur soit offert aux parties."

En ce qui concerne le moment de la médiation, le Comité recommande ce qui suit:

Conclusion 26. La médiation devrait être accessible avant le début des procédures judiciaires, pendant l'instance ainsi qu'une fois que celle-ci est terminée.

Conclusion 27. Les règles relatives aux affaires matrimoniales devraient être modifiées de façon à prévoir qu'avant le début des procédures judiciaires, l'un des conjoints peut demander la médiation et que, sur réception d'une demande conjointe en ce sens, des services de médiation seront offerts aux parties.

Conclusion 28. Le moment où intervient la médiation est important. D'après certaines constatations, la médiation peut être efficace au début du processus, avant que la dépense d'énergie et d'argent par les parties dans le litige ne les ait placées dans une situation irréconciliable. D'autres faits démontrent que la médiation peut également être efficace ultérieurement au cours de l'instance lorsque les clients sont las de la confrontation. Le moment le plus propice pour l'intervention varie d'une affaire à l'autre. Il est par conséquent assez difficile de généraliser, sauf pour mentionner que la médiation devrait être accessible à toutes les étapes du conflit.

(vi) **<u>Médiation complète ou limitée</u>**

Le paragraphe 31(4) de la <u>Loi portant réforme du droit de l'enfance</u> ainsi que le paragraphe 3(3) de la <u>Loi de 1986 sur le droit de la famille</u> portent que:

> "Avant de commencer la médiation, les parties déterminent si:
>
> a) le médiateur déposera un rapport complet sur la médiation, y compris tout point qu'il juge pertinent;
>
> b) le médiateur déposera un rapport qui précise seulement les termes de l'entente conclue entre les parties ou le fait que celles-ci ne sont pas parvenues à une entente.

La distinction entre les alinéas a) et b) se situe au niveau du rapport qui, dans le premier cas, est complet et, dans le deuxième cas, limité.

Pour les fins de catégorisation, on peut transposer le qualificatif du rapport à la médiation et parler de médiation "complète" et de médiation "limitée". Ces deux formes de médiation sont actuellement en vigueur en Ontario par l'application de ces dispositions. Les distinctions entre les deux peuvent être primordiales pour les clients.

Comme mentionné ci-dessus, selon la formule de médiation complète, à la conclusion de la médiation, le médiateur dépose ou rédige un rapport complet sur la médiation, y compris tout point qu'il juge pertinent à la question qui fait l'objet de cette médiation. En pareil cas, la preuve des propos tenus pendant la médiation ou des déclarations ou des aveux qui ont été faits sont admissibles à l'instance.

Selon certains critiques de la médiation ouverte, les parties, qui savent que leurs déclarations faites au cours de la médiation peuvent être admises en preuve devant le tribunal, hésitent à négocier d'une façon complète et franche. D'autres médiateurs ont indiqué qu'ils n'avaient pas eu connaissance d'un tel sentiment et que les parties qui voulaient réellement participer à la médiation ne manifestaient pas de réticence à discuter des questions soumises au médiateur.

Certains partisans de la médiation complète croient que les clients qui ont recours à cette formule sont plus ouverts et moins artificiels lorsqu'ils adoptent leurs positions de négociation. Cela peut être une conséquence du fait qu'ils sont conscients que les faits seront ultérieurement divulgués si la médiation n'aboutit pas.

En revanche, selon la formule de médiation limitée, à la conclusion de la médiation, le médiateur dépose ou rédige un rapport qui précise les termes de l'entente conclue entre les clients ou indique seulement que ceux-ci ne sont pas parvenus à une entente. En pareil cas, la preuve des propos tenus pendant la médiation ou des déclarations ou des aveux qui y ont été faits n'est pas admissible dans une instance, sauf si toutes les parties à cette instance y consentent. Bien que les parties se sentent libres de parler franchement, si la médiation n'aboutit pas, cette formule peut laisser aux clients l'impression qu'ils ont perdu leur temps.

La divulgation de certains renseignements pendant la médiation peut avoir des conséquences importantes. Par exemple, la divulgation d'agression d'un conjoint pendant le mariage, ne sera pas dévoilée si elle est faite au cours d'une médiation limitée. Par contre, la divulgation de mauvais traitements envers un enfant, qu'elle soit faite lors d'une médiation complète ou limitée, doit être dénoncée à l'agence de protection de l'enfance compétente, conformément à l'article 68 de la Loi sur les services à l'enfance et à la famille de l'Ontario.

Dans un article intitulé "A View from the Bench", le juge George M. Walsh a fait les commentaires suivants sur la médiation complète et limitée.

> [TRADUCTION] "L'objet de la médiation limitée est de remettre et de conserver au sein de la famille le pouvoir décisionnel. En choisissant cette formule, la famille décide de s'engager dans cette voie. En revanche, en choisissant la formule de la médiation complète, les membres de la famille et leurs avocats acceptent au départ que si le conflit n'est pas réglé au cours du processus de consultation, les renseignements obtenus et les opinions du conseiller seront consignés dans un rapport qui sera remis à toutes les parties. On prétend que les connaissances acquises par le médiateur devraient être disponibles à ceux qui seront plus tard appelés à imposer leur décision aux parties.
>
> Chacune des formules a ses avantages. La médiation limitée peut avoir pour effet de retirer complètement l'affaire du processus judiciaire et de le garder à l'extérieur de nos structures déjà surchargées. Les ententes conclues en de telles circonstances résistent probablement autant que celles imposées par les tribunaux. Si les parties ne peuvent s'entendre dans le cadre d'une médiation limitée, souvent la médiation ouverte, qui comporte un élément d'évaluation, peut les aider. Si on n'aboutit pas à une

entente, les renseignements tirés de l'évaluation conjointe sont utiles au tribunal pour en arriver à une décision.

D'un point de vue administratif, à titre de surveillant du fonctionnement de la Division du droit de la famille de la Cour suprême, la médiation qui prévoit un rapport complet est une mesure plus utile puisque la question pourrait subséquemment faire l'objet d'un procès. Si les partisans de la médiation limitée pouvaient établir que les affaires, pour lesquelles cette méthode est utilisée, aboutissent devant les tribunaux moins souvent que lorsque la médiation complète est employée, cette position pourrait être reconsidérée."

Le Comité est d'accord qu'aucune des deux méthodes est préférable. Il existe à la fois des avantages et des désavantages de part et d'autre. Le Comité est d'accord que les deux formules de médiation continuent d'être accessibles au public qui doit prendre une décision bien informée après avoir discuté des avantages et des désavantages de chaque formule avec le médiateur.

Comme on le verra dans des recommandations ultérieures de ce rapport, l'évaluation de la médiation est d'importance primordiale. En continuant à offrir les deux formules de médiation, on se réserve une autre occasion d'évaluer les avantages et les désavantages respectifs de chaque formule.

Par conséquent, le Comité recommande ce qui suit:

Conclusion 29. Des questions ont été soulevées au sujet du caractère confidentiel de la médiation et de la formule qui devrait être disponible, notamment si la médiation devait être complète ou limitée. La Loi portant réforme du droit de l'enfance et la Loi de 1986 sur le droit de la famille prévoient actuellement le recours aux deux modes de médiation. Selon la première formule, à la fin de la médiation, le médiateur dépose un rapport complet sur la médiation, y compris tout point qu'il juge pertinent. En pareil cas, la preuve des propos tenus pendant la procédure de médiation ou des déclarations ou des aveux qui ont été faits est admissible dans une instance, que les deux parties y consentent ou non. Selon la seconde formule, à la fin de la médiation, le médiateur dépose un rapport limité qui précise seulement les conditions de l'entente conclue entre les parties ou le fait que celles-ci ne sont pas parvenues à une entente. La preuve des propos tenus pendant la procédure de médiation ou des déclarations ou des aveux qui ont été faits n'est pas alors admissible sans le consentement de toutes les parties à l'instance.

Conclusion 30. Les deux formes de médiation complète ou limitée ont leurs avantages et désavantages. Toutefois, elles doivent être toutes deux accessibles dans tout modèle de médiation disponible en Ontario. Le choix entre les deux formules devrait être laissé aux clients qui devraient pouvoir décider en connaissance de cause. Le médiateur devrait les informer, avant le début de la médiation, des conséquences du recours à l'une ou l'autre formule. Par exemple, les clients devraient savoir que le médiateur est légalement tenu, indépendamment de la formule choisie, de faire rapport aux autorités compétentes s'il apprend que les enfants ont été maltraités. En revanche, la découverte d'actes de violence au foyer au cours d'une médiation limitée n'entraîne pas une obligation semblable de divulgation. En offrant le choix entre les deux formes de médiation, il est également possible d'évaluer leurs forces et faiblesses respectives.

vii) **La sélection**

Comme il devrait ressortir clairement des commentaires antérieurs, aucun membre du Comité n'a jugé que la médiation devait remplacer la procédure antagonique ou toute autre forme de règlement des conflits. Elle n'est qu'une méthode, parmi plusieurs autres, de règlement des conflits et son efficacité sera accrue si des efforts sont faits pour choisir les clients qui sont les mieux disposés à la médiation.

Cette sélection peut s'effectuer de plusieurs façons. La vulgarisation juridique pourrait contribuer à former des clients qui seront mieux renseignés lorsqu'ils chercheront une façon de régler leurs conflits familiaux. Il est à espérer que la recommandation du Comité relative à l'imposition par une règle de procédure d'une séance d'information répondra à ce besoin de renseignements de nature juridique.

En second lieu, le service de médiation lui-même doit être en mesure de faire un tri parmi les usagers éventuels. Il devrait être en mesure d'identifier ceux qui sont inaptes à la médiation, par exemple en raison d'un passé de violence au foyer. Certains clients peuvent être mieux servis par d'autres services offerts dans la collectivité, comme des services de consultation ou de thérapie, qui peuvent s'ajouter ou se substituer à la médiation. Enfin, d'autres peuvent avoir besoin de recourir aux tribunaux pour régler leurs différends.

Cette identification pourrait, il semble, se faire au moyen d'une méthode confidentielle de sélection qui ferait le tri des clients éventuels en prenant en considération plusieurs aspects.

Les membres du Comité avaient encore à l'esprit les préoccupations soulevées par les femmes au Chapitre 4 et ont reconnu que la méthode de sélection fournirait une occasion idéale pour permettre dès le départ l'identification des clients les plus vulnérables. La procédure de sélection, qui devrait se faire par une entrevue privée, serait aussi conduite par une personne autre que celle qui pourrait éventuellement agir comme médiateur dans le conflit. Cela donnerait à la personne qui fait l'entrevue la liberté de faire enquête sur le passé des deux parties sans craindre de nuire à ses futurs rapports avec les parties à titre de médiateur. Il en résulterait aussi un double contrôle sur l'aptitude à la médiation de certains clients.

Les personnes qui font ce travail de sélection pour le service de médiation devraient recevoir une formation qui les aiderait à reconnaître et à traiter les manifestations de violence au foyer. Leur formation devrait aussi leur permettre de

pouvoir offrir une atmosphère dans laquelle les conjoints se sentiront à l'aise de divulguer l'existence de la violence.

Il est important que la procédure de sélection soit faite avec un client à la fois, de façon que chacun d'eux puisse parler franchement en l'absence de l'autre. Le Comité ne voit pas cette exigence comme une précaution ou une dépense inutile. Les clients vulnérables, particulièrement ceux qui ont vécu la violence au foyer, doivent avoir l'occasion de pouvoir parler de façon confidentielle sans que l'autre client ou conjoint soit présent.

Le Comité recommande donc ce qui suit:

Conclusion 31. La médiation devrait inclure une méthode confidentielle de sélection qui fournirait au médiateur toute l'information possible sur les clients et permettrait de faire un tri parmi eux en prenant en considération:

(i) leurs dispositions pour la médiation;
(ii) la violence au sein de la famille;
(iii) le déséquilibre des forces entre les clients;
(iv) le consentement des parties;
(v) le besoin de faire appel à des solutions de rechange de règlement des conflits (v.g. la contestation, l'arbitrage);
(vi) le besoin de préparer les clients à la médiation en intervenant avant la médiation;
(vii) le besoin d'aiguiller vers d'autres formes d'intervention (v.g. la consultation, l'évaluation, la thérapie, les établissements protégés).

Conclusion 32. La procédure de sélection devrait être conduite par une personne autre que le médiateur auquel les clients auront éventuellement recours. Chaque client devrait être vu séparément. En aucun cas les deux parties ne devraient être présentes en même temps lors de cette sélection.

(viii) La consultation d'avocats indépendants

Le Comité a estimé qu'il s'agissait d'une des questions les plus importantes à examiner. Son importance vient du fait que:

- les médiateurs ne sont assujettis à aucune réglementation,
- les questions qui font l'objet de médiation sont souvent complexes, et exigent par conséquent une divulgation complète de tous les faits,
- les ententes conclues peuvent avoir la force exécutoire d'une ordonnance d'un tribunal,
- il n'y a pas d'appel à l'encontre des ententes conclues de consentement,
- le rôle du médiateur se situe à la frontière de celui du conseiller juridique, du thérapeute et du médiateur proprement dit,
- les clients ne sont pas légalement tenus de consulter des avocats avant de signer une entente,
- certains clients souhaitent restreindre les dépenses qu'entraîne l'échec du mariage et le recours aux avocats est souvent entrevu comme très coûteux,
- les ententes conclues par l'intermédiaire des médiateurs, une fois qu'elles ont été rédigées et signées devant témoin, constituent un contrat familial au sens de la Loi de 1986 sur le droit de la famille (par. 55 (1)). Elles sont donc assujetties au paragraphe 56(4):

(4) Un tribunal peut, à la suite d'une requête, annuler un contrat familial, en tout ou en partie pour une des raisons suivantes:

a) une partie n'a pas divulgué à l'autre des dettes ou autres éléments de passif importants, ou des éléments d'actif importants, qui existaient lorsque le contrat familial a été conclu;

b) une partie n'a pas compris la nature ou les conséquences du contrat familial;

c) pour une autre raison, en conformité avec le droit des contrats.

L'absence d'une véritable consultation juridique indépendante peut avoir pour conséquence qu'une partie ne comprenne pas "la nature ou les conséquences d'un contrat familial". Une entente qui serait annulée pour ce motif entraînerait pour les parties des frais juridiques de beaucoup supérieurs à ce que les parties auraient pu débourser pour l'examen de l'entente par des avocats agissant d'une façon indépendante pour le compte des clients.

Les médiateurs ne devraient pas donner de conseils juridiques aux clients. Les membres du Comité croient fortement que les médiateurs devraient accepter la responsabilité d'encourager les clients à toutes les étapes de la médiation - avant, pendant et après - à consulter des avocats indépendants.

Les clients devraient consulter leurs propres avocats avant d'entreprendre la médiation de sorte qu'ils connaissent leurs droits et obligations avant d'entamer toute négociation. Les clients doivent savoir ce que leur réserve la procédure antagonique si la médiation est un échec ou s'ils choisissent d'y mettre fin.

Lorsque le médiateur est aussi un avocat, il doit tenir compte des dispositions de la Règle 25 du Code de déontologie de la Société du barreau du Haut-Canada, qui prévoit ce qui suit:

> [TRADUCTION]
>
> Règle 25
>
> L'avocat qui agit à titre de médiateur doit s'assurer que les parties à la médiation comprennent pleinement que le service qu'il leur rend n'en est pas un qui fait partie de l'exercice traditionnel de la profession d'avocat et que l'avocat ne représente pas l'une ou l'autre partie. La fonction de l'avocat médiateur est d'aider les parties à régler les questions en litige.

Commentaires

1. L'avocat médiateur devrait encourager les parties à obtenir des conseils d'avocats indépendants avant et durant la médiation s'ils ne l'ont pas déjà fait.

2. Lorsque, au cours de la médiation, l'avocat médiateur prépare un projet d'entente pour le soumettre aux parties, il devrait aviser de façon expresse les parties de consulter des avocats indépendants sur ce projet d'entente et les encourager à le faire.

3. L'avocat médiateur doit, au départ, avertir les parties à la médiation que bien que les communications qui sont reliées à la procédure de médiation peuvent être protégés par quelque privilège jurisprudentiel, elles ne le sont pas par le privilège du secret professionnel de l'avocat.

4. Lorsqu'il agit à titre de médiateur, l'avocat, de façon générale, ne doit pas fournir de conseils juridiques par opposition à des renseignements d'ordre juridique donnés aux parties au cours de la médiation.

5. De façon générale, ni l'avocat médiateur ni un de ses associés ne devraient représenter l'un ou l'autre des parties ou leur donner des conseils juridiques, compte tenu de la Règle 5 et de ses commentaires et des principes de common law.

Que le médiateur soit ou non un avocat, le client aura toujours avantage à faire examiner l'entente par son propre avocat. Ainsi, les droits du client seront mieux protégés et il acceptera mieux l'entente.

Le Comité se rappelait aussi des critiques à l'égard du modèle Coogler dont il a été question au Chapitre 4. Dans ce modèle, un seul avocat agissait pour les deux clients en conclusion de l'entente définitive. Bien que cette solution soit plus économique à court terme, cette façon de faire ne protège pas les clients vulnérables comme ceux qui estiment n'avoir pas les ressources nécessaires pour négocier avec un conjoint "plus fort". Le Comité a donc considéré que l'incitation à consulter des avocats indépendants constituait une autre façon de répondre aux préoccupations des femmes à l'égard de la médiation.

Sur cette question de consultation d'avocats indépendants, Fran Kiteley a exprimé sa dissidence de la façon suivante:

> "Je ne suis pas d'accord avec les Conclusions 33 et 34 pour les motifs suivants:
>
> a) les médiateurs qui ne sont pas avocats <u>ne doivent pas</u> fournir de conseils juridiques;
>
> b) les médiateurs qui sont avocats doivent être soucieux de se conformer à la Règle 25 du Code de déontologie de la Société du barreau du Haut-Canada;
>
> c) la ligne de démarcation entre la tâche du médiateur et de l'avocat est parfois très étroite. Même si le médiateur peut établir cette distinction au départ, les clients qui ne sont pas représentés par un avocat peuvent rapidement oublier cette distinction et se fier

à tort au médiateur pour obtenir des conseils juridiques;

d) de façon idéale, les clients devraient avoir des représentants distincts (même s'ils agissent à l'arrière-plan) au cours de la procédure de médiation;

e) dans les faits, certains clients refusent de retenir les services d'un conseiller et, évidemment, ils ne peuvent être forcés de consulter un avocat;

f) pour s'assurer que chaque client:

i) se rend compte des conséquences juridiques de la situation;

ii) comprend la distinction entre avocat et conseiller;

on devra rendre obligatoire la consultation d'un avocat par le client aux étapes suivantes:

i) avant d'assister à la première séance de médiation; et

ii) avant la signature de l'entente à la suite de la médiation;

g) il n'est pas suffisant que la consultation d'avocats indépendants soit "encouragée" par les médiateurs. La seule façon d'assurer pleinement le respect de l'article 56 de la Loi sur le droit de la famille et les règles de la common law relatives à l'exécution des ententes est d'inclure la consultation d'avocats indépendants comme un élément intégral de la médiation;

h) la participation obligatoire des avocats dans le processus ne se veut pas une façon de "créer du travail" pour les avocats; elle se fonde plutôt sur la constatation que la médiation, particulièrement à ses débuts, sera inutile si les ententes conclues sont subséquemment annulées lorsqu'elles ne respectent pas l'article 56 et la common law."

Le Comité recommande ce qui suit:

Conclusion 33. Les médiateurs ne devraient pas donner de conseils juridiques à leurs clients; ils devraient les prévenir de ce fait dès le début. Ils devraient encourager les clients à consulter des avocats indépendants avant de commencer les négociations et avant de conclure toute entente.

<u>Conclusion 34</u>. Les clients devraient être en mesure de prendre des décisions éclairées durant la médiation. La consultation d'avocats indépendants devrait être possible et fortement encouragée par les médiateurs à toutes les étapes de la médiation et particulièrement au début du processus, avant le commencement des négociations et aussi avant la conclusion de toute entente.

(ix) <u>Rédaction des ententes conclues par médiation</u>

Une question reliée à la consultation d'avocats indépendants est celle qui a trait à la tâche de rédiger l'entente finale qui sera signée par les clients.

Plusieurs des membres du Comité, mais pas tous, étaient d'avis que la rédaction même de l'entente équivalait presque à fournir des conseils juridiques. On a estimé que les médiateurs devraient, à la conclusion de la médiation, fournir aux clients un sommaire exposant leur interprétation des points sur lesquels il y avait accord et désaccord. Les clients décideraient quel avocat assumerait la tâche de rédiger l'entente finale et de prendre les dispositions pour sa signature. A cet égard, le Comité avait à l'esprit le Commentaire 2 de la Règle 25 décrite ci-dessus. Même si le médiateur est aussi avocat, le projet d'entente doit être soumis à des avocats indépendants.

D'autres membres du Comité, notamment Judith Ryan, ont exprimé les commentaires suivants:

> "La pratique veut que l'avocat médiateur rédige un projet d'entente de séparation pour examen et signature par les avocats indépendants des clients. A ma connaissance aucun avocat médiateur ne fait signer l'entente par les clients dans son propre bureau.
>
> Nier la capacité de rédiger des ententes va à l'encontre de la pratique actuelle en médiation, laquelle est reconnue par la Règle 25 de la Société du barreau du Haut-Canada et qui a été approuvée par plusieurs barreaux aux États-Unis... L'avocat médiateur qui a amené les clients à une entente, est le mieux placé pour rédiger celle-ci. Il est conscient des raisons sous-jacentes qui ont abouti à l'entente et des concessions faites de part et d'autre. Confier cette tâche à la fin de la médiation à deux procureurs indépendants qui n'ont pas participé à la médiation se traduirait essentiellement par l'obligation des parties de recommencer le processus à zéro et de refaire nécessairement certains travaux. Cela entraînerait aussi une augmentation importante des coûts (tant par le temps supplémentaire requis des avocats que par l'obligation de rédiger deux documents écrits au lieu d'un, un sommaire de l'entente par le médiateur et l'entente écrite de séparation par un des avocats). Enfin, dernière conséquence mais non la moindre, on risquerait de détruire les effets de l'entente qui a fait l'objet de la médiation.
>
> De plus, en confiant à l'un des deux avocats adverses la tâche de rédiger l'entente après la médiation équivaut à plonger de nouveau, sans nécessité, les clients dans la

procédure antagonique, alors que chaque avocat cherche a rédiger l'entente dans les termes qui soient plus favorables à son client. L'avocat médiateur, en revanche, à titre de scribe neutre en ce qui concerne la rédaction de l'entente de séparation peut, lorsqu'il se présente des difficultés à exprimer certaines questions sur un ton neutre, les indiquer à leurs clients et les laisser choisir les termes qui expriment leurs intentions ou encore, les laisser discuter de ces questions de rédaction avec leurs avocats respectifs.

Bien que la rédaction des ententes par des avocats médiateurs puisse soulever certaines inquiétudes, je crois fermement qu'elles sont beaucoup moins importantes que les problèmes qui pourront survenir si l'avocat médiateur ne peut faire ce travail de rédaction. De fait, je crois qu'une telle interdiction va totalement à l'encontre du choix d'avocats comme médiateurs. Les clients choisissent des médiateurs qui sont avocats parce que ceux-ci apportent leurs connaissances et leur expérience à la procédure de médiation, comme par exemple la connaissance des lois qui forment le cadre des négociations ainsi que la compétence en rédaction qui permet de rédiger l'entente avec précision. Si l'on interdit aux avocats médiateurs d'utiliser les compétences mêmes qui font leur force comme médiateurs, les gens choisiront des médiateurs qui ne sont pas avocats. De plus, les usagers des services de médiation vont considérer une telle interdiction comme tout à fait absurde, frustrante et comme une autre tentative par les avocats de se raccrocher à tous les aspects de la procédure de divorce et séparation pour leurs propres bénéfices.

La rédaction juridique est l'une des aptitudes que l'avocat médiateur apporte à la procédure de médiation, mais la rédaction d'ententes ou d'accords ne fait pas partie en elle-même de l'exercice de la profession (les arbitres en relations de travail et les thérapeutes rédigent chaque jour de nombreux projets d'entente). L'avocat médiateur rédige l'entente de séparation mais ce sont les propres avocats des clients qui donnent des avis juridiques quant aux conséquences de l'entente sur les droits de leurs clients. Interdire aux avocats médiateurs de rédiger des ententes équivaut à empêcher les médiateurs professionnels du domaine de la santé mentale à traiter des émotions ou des problèmes de communication interpersonnelle de leurs clients. Chaque médiateur apporte au processus de médiation ses propres aptitudes et cette spécificité devrait être encouragée et non pas découragée. De plus, les règles d'éthique obligent le médiateur à exercer ses fonctions dans le cadre de son propre champ de compétence. Comme les médiateurs professionnels en santé mentale n'ont pas les aptitudes des avocats médiateurs pour rédiger une entente

formelle de séparation, il faut présumer qu'ils s'en tiendraient à la rédaction de mémoires d'entente plutôt que d'ententes formelles de séparation.

Les avocats médiateurs rédigent et continueront de rédiger des ententes de séparation pour leurs clients qui participent à la médiation. Au lieu de proposer de mettre fin à cette pratique, il serait préférable selon moi d'accepter l'usage actuel et de s'assurer qu'elle s'accompagne de garanties satisfaisantes."

Les membres du Comité ont soupesé les avantages et les désavantages de la rédaction de l'entente par le médiateur. Étant donné l'importance de la consultation d'avocats indépendants, le Comité favorise une méthode qui inciterait des clients de la médiation à discuter leur interprétation de l'entente avec un avocat. Les coûts additionnels, les délais et les risques de compromettre l'entente sont considérés inévitables mais acceptables.

Le Comité a aussi considéré que ces recommandations concernent la prestation de services de médiation financés par les fonds publics. Si des médiateurs privés veulent rédiger des ententes, ils sont libres de le faire.

Après avoir examiné les deux opinions, le Comité fait les recommandations qui suivent:

Conclusion 35. A la fin de la médiation, les médiateurs devraient fournir aux clients un mémoire résumant leur interprétation des points sur lesquels il y a eu accord et désaccord.

Conclusion 36. Le Comité recommande que les médiateurs qui utiliseront le modèle de médiation proposé ne rédigent pas le texte de l'entente finale conclue entre les parties.

(x) Le rôle du médiateur

Dès le début des discussions du Comité, il est devenu évident que le médiateur est la clé du succès ou de l'échec de la prestation des services de médiation.

Dans leur guide intitulé "Family Mediation Handbook" les auteurs, Landau, Bartoletti et Mesbur ont identifié plusieurs raisons qui font ressortir l'importance du rôle du médiateur.

- [TRADUCTION] "La médiation est un exercice qui déborde les frontières professionnelles. C'est-à-dire qu'actuellement il n'y a aucune profession distincte qui régit la médiation et en contrôle l'exercice.

- Les médiateurs proviennent de plusieurs disciplines, notamment le droit, la psychologie, le travail social, la psychiatrie, la consultation thérapeutique; les normes qui régissent ces disciplines peuvent être incompatibles avec celles qui sont jugées souhaitables.

- Dans le cas de poursuites contre les médiateurs, l'assurance de responsabilité civile que détiennent actuellement les professionnels peut ne pas couvrir l'exercice de la médiation. Donc, si un avocat agit comme médiateur, l'assurance contre sa négligence professionnelle peut ne pas couvrir les actes accomplis par celui-ci à titre de médiateur. Ceci s'appliquerait probablement aussi aux médiateurs exerçant d'autres professions.

- L'un des avantages particuliers de la médiation est que les parties peuvent s'entendre sur leur propre règlement des questions en litige dans le respect du caractère confidentiel des entretiens. Les principaux éléments de la médiation sont le règlement des conflits selon la volonté des parties et son caractère confidentiel. Toutefois, ces éléments constituent aussi un plus grand risque s'il existe un déséquilibre des forces entre les parties, si le médiateur est incompétent ou ne respecte pas les règles d'éthique professionnelle ou encore si les parties ne divulguent pas les renseignements nécessaires qui permettent d'en arriver à une solution juste. Puisque la contestation judiciaire se fait normalement en public alors que la médiation se fait plutôt dans un cadre privé, le public ne peut être protégé que par l'application des normes de pratique, de règles d'éthique et, éventuellement, de procédures visant à agréer les médiateurs ou à leur reconnaître un droit exclusif de pratique."

Les auteurs poursuivent en énumérant cinq points que doit vérifier le médiateur:

"Le médiateur doit:

- s'assurer que les parties en arrivent à une entente consensuelle, c'est-à-dire sans coercition;

- s'assurer que les parties sont bien informées, c'est-à-dire que tous les renseignements pertinents ont été échangés entre elles;

- s'assurer que l'entente conclue est juste et raisonnable, particulièrement lorsque des enfants sont en cause;

- s'assurer que les parties ne souffrent pas d'incapacités, (par exemple un choc émotif, un désordre psychologique ou la crainte de mauvais traitements) au cours des négociations;

- préciser à ses clients son rôle, c'est-à-dire que le médiateur agit uniquement à ce titre et non pas en qualité d'avocat, de psychologue ou de représentant d'une autre profession. Par exemple, le médiateur (s'il s'agit d'un avocat) devrait préciser à ses clients qu'il a été leur médiateur. De même, le médiateur devrait expliquer qu'il ne peut fournir à l'une ou l'autre partie de l'aide sur une base individuelle après qu'il a agi à titre de médiateur impartial."

Les membres du Comité ont examiné ces questions et ont élaboré une liste assez complète de quatorze obligations dont les médiateurs doivent s'efforcer de s'acquitter pour agir comme conciliateurs neutres.

Les obligations imposées au médiateur sont les suivantes:

(i) être impartial en reconnaissant que les deux parties sont ses clients;
(ii) diriger la procédure de médiation;
(iii) restreindre la médiation aux questions arrêtées, après consultation avec les clients;
(iv) établir un calendrier raisonnable pour le règlement des questions en litige;
(v) compenser le déséquilibre entre les forces des parties en présence;
(vi) obtenir et partager toutes les données pertinentes aux questions en litige, y compris les déclarations assermentées sur les biens et sur la situation financière des parties (qu'une action ait été

intentée ou non), selon les modalités prévues aux règles de procédure des différents tribunaux de la famille;

(vii) s'acquitter de sa tâche avec discrétion en tenant compte que tous les renseignements sont privilégiés, sauf lorsque le rapport de médiation est complet ou qu'il y a une obligation légale de divulgation;

(viii) chercher à obtenir un consensus sur le plus grand nombre des questions en litige;

(ix) lorsqu'il y a des enfants:
  a) prendre en considération l'intérêt des enfants avant celui des clients,
  b) faire participer, s'il l'estime utile, les enfants au processus (par des entrevues à part, des discussions avec les parents);

(x) demeurer attentif aux besoins des clients pour d'autres professionnels (par ex. évaluateurs, avocats, officiers de justice, conseillers, psychiatres, psychologues, fonctionnaires du bureau du Tuteur public, travailleurs sociaux, responsables des établissements protégés);

(xi) s'en tenir à la médiation (seul ou avec l'aide d'autres professionnels) et s'abstenir de porter des jugements ou de donner des conseils juridiques ou psychiatriques;

(xii) promouvoir la coopération en:
  a) réduisant la tension;
  b) civilisant le conflit;
  c) faisant dévier les arguments vers la discussion;
  d) transformant les discussions en négociations;
  e) dirigeant les négociations vers un consensus;
  f) décrivant l'entente comme une conclusion positive, conciliatoire et réalisable;

(xiii) aider les clients à développer des aptitudes de négociation qui leur permettront de régler leurs futurs différends;

(xiv) demeurer vigilant et sensible à toutes les questions de violence au foyer et de déséquilibre de forces entre les parties.

Cette liste parle par elle-même et indique comment le Comité envisage le rôle et la fonction du médiateur type.

Comme les auteurs du "Family Mediation Handbook" le soulignent, la compétence du médiateur est primordiale. Les usagers peuvent avoir besoin de protection contre les médiateurs qui sont incompétents ou ne respectent pas l'éthique professionnelle. Cette protection ne peut émaner que de la réglementation et de l'imposition de normes.

Le Comité par conséquent recommande ce qui suit:

<u>Conclusion 37</u>. Le rôle du médiateur en droit de la famille est d'agir comme un conciliateur neutre qui aide les clients à résoudre leurs différends. Pour bien remplir ce rôle, le médiateur devrait:

(i) être impartial en reconnaissant que les deux parties sont ses clients;
(ii) diriger la procédure de médiation;
(iii) restreindre la médiation aux questions arrêtées, après consultation avec les clients;
(iv) établir un calendrier raisonnable pour le règlement des questions en litige;
(v) compenser le déséquilibre entre les forces des parties en présence;
(vi) obtenir et partager toutes les données pertinentes aux questions en litige, dont les déclarations assermentées sur les biens et sur la situation financière des parties (qu'une action ait été intentée ou non), selon les modalités prévues aux règles de procédure des différents tribunaux de la famille;*
(vii) s'acquitter de sa tâche avec discrétion en tenant compte que tous les renseignements sont privilégiés, sauf lorsque le rapport de médiation est complet ou qu'il y a une obligation légale de divulgation;
(viii) chercher à obtenir un consensus sur le plus grand nombre des questions en litige;
(ix) lorsqu'il y a des enfants:
  a) prendre en considération l'intérêt des enfants avant celui des clients,
  b) faire participer, s'il l'estime utile, les enfants au processus (par des entrevues à part, des discussions avec les parents);
(x) demeurer attentif aux besoins des clients pour d'autres professionnels (par ex. évaluateurs, avocats, officiers de justice, conseillers, psychiatres, psychologues, fonctionnaires du bureau du Tuteur public, travailleurs sociaux, responsables des établissements protégés);
(xi) s'en tenir à la médiation (seul ou avec l'aide d'autres professionnels) et s'abstenir de porter des jugements ou de donner des conseils juridiques ou psychiatriques;
(xii) promouvoir la coopération en:
  a) réduisant la tension;
  b) civilisant le conflit;
  c) faisant dévier les arguments vers la discussion;
  d) transformant les discussions en négociations;
  e) dirigeant les négociations vers un consensus;
  f) décrivant l'entente comme une conclusion positive, conciliatoire et réalisable;

(xiii) aider les clients à développer des aptitudes de négociation qui leur permettront de régler leurs futurs différends;

(xiv) demeurer vigilant et sensible à toutes les questions de violence au foyer et de déséquilibre de forces entre les parties.

(xi) **Accréditation des médiateurs et réglementation**

Actuellement, il n'existe pas de normes pour la reconnaissance professionnelle des médiateurs. Il n'existe pas non plus de réglementation à leur égard. Le Comité a relevé avec inquiétude la présence de personnes non compétentes s'annonçant au public comme aptes à régler les conflits familiaux. La mise sur pied par les médiateurs eux-mêmes d'une méthode de reconnaissance professionnelle et d'une réglementation de leur profession serait la façon la plus directe et la plus efficace d'empêcher de tels incidents. Médiation familiale Canada ainsi que l'Association de la médiation familiale de l'Ontario ont fait des démarches en ce sens. Parmi les documents à l'appui du rapport, il y a une copie d'une lettre décrivant les plus récentes initiatives prises par l'association ontarienne.

Le Comité a jugé que les qualités des médiateurs et leurs normes de déontologie étaient d'importance primordiale sur la prestation de la médiation. La formation des médiateurs doit surtout porter sur la formation théorique, les aptitudes, l'internat et les règles d'éthique.

Cette association doit aussi s'assurer que ces cours de formation soient offerts dans les universités, les collèges communautaires et autres institutions reconnues.

Le Comité doit examiner la question de l'enseignement et de la formation des médiateurs et faire des recommandations à cet égard. Toutefois, le Comité tient à préciser que les associations de médiateurs doivent s'assurer que les cours destinés aux médiateurs leur offrent une formation à la fois théorique et pratique.

La question de la réglementation est complexe et il ne faut pas la confondre avec celle de la délivrance d'un permis ou d'une licence donnant le droit exclusif d'exercice. La délivrance d'une licence n'est qu'un moyen de réglementation parmi d'autres. L'agrément, qu'il soit volontaire ou obligatoire, est aussi une méthode valable de réglementation. L'autoréglementation est une méthode populaire de contrôler l'exercice de nouveaux métiers ou professions.

Le Professional Organization Committee dans son rapport de 1980 a opposé la délivrance de licences à l'agrément de la façon suivante:

> [TRADUCTION] "La délivrance d'une licence (le droit exclusif d'exercer une profession) s'entend d'un régime juridique en vertu duquel seules les personnes titulaires d'une licence ont légalement le droit d'accomplir les tâches qui tombent sous le coup de cette licence, de façon que les non

titulaires, quel que soit leur degré de compétence ou quel que soit le haut niveau de leurs qualités, violent la loi s'ils accomplissent l'une de ces tâches. Dans les quatre domaines qui ont fait l'objet de l'étude, l'Ordre des architectes de l'Ontario, l'Ordre des ingénieurs de l'Ontario, la Société du barreau du Haut-Canada et le Conseil des experts-comptables de la province de l'Ontario constituent tous des régimes où les titulaires de licences possèdent le droit exclusif d'exercice de leur profession.

L'agrément (profession dont le titre est réservé) s'entend d'une réglementation en vertu de laquelle les personnes qui possèdent les qualifications requises sont reconnues par un organisme comme possédant ces qualifications de sorte qu'elles peuvent faire valoir au public que cet agrément indique qu'elles ont obtenu un certain degré de compétence dans un domaine. Toutefois, les régimes d'agrément n'empêchent pas les personnes non agréées d'accomplir les mêmes tâches que les personnes qui sont agréées, pas plus qu'ils n'empêchent une personne qui voit son certificat d'agrément retiré de continuer à exercer dans la même sphère. Un régime d'agrément ne fait qu'empêcher les individus, qui ne sont pas agrées, de se faire passer pour des personnes qui le sont. Cela ne les empêche pas d'exercer sous une autre désignation. Dans les quatre domaines d'activités qui ont fait l'objet de l'étude, la Société des comptables de gestion de l'Ontario, l'Association des comptables généraux ou agréés de l'Ontario et l'Association des techniciens et technologistes agréés de l'Ontario sont des exemples de régimes d'agrément ou de membres agréés."

Il faudrait souligner que le "Professional Organization Committee" a fait la recommandation suivante:

[TRADUCTION]

"13.1 On devrait adopter une loi générale de reconnaissance professionnelle appelée "La loi sur les désignations professionnelles", pour:

a) prévoir l'inscription obligatoire de toutes les désignations professionnelles dans toute profession ou tout métier décrit de façon générale sauf, lorsqu'il s'agit d'une profession ou d'un métier dont la licence ou l'agrément est accordé en vertu d'une autre loi provinciale, le consentement à l'inscription d'une désignation professionnelle doit être obtenu de l'organisme qui délivre les licences ou certificats d'agrément;

b) définir les désignations professionnelles comme incluant notamment les expressions "reconnu", "certifié", "agréé", "professionnel", "inscrit", ou autres mots ou expressions laissant entendre une reconnaissance publique de certains titres d'admissibilité;

c) décréter infraction punissable par procédure sommaire l'utilisation par une personne ou un groupe d'une désignation professionnelle ainsi définie à moins que celle-ci n'ait été dûment inscrite aux termes de la loi;

d) prévoir l'administration du régime d'inscription par un registraire rattaché à un ministère pertinent du gouvernement;

e) donner au registraire le pouvoir d'accorder les désignations qui peuvent être demandées par tout groupe professionnel de l'Ontario s'il est convaincu que la désignation:

   (i) tombe sous la définition de désignation professionnelle;

   (ii) n'est pas la même qu'une désignation inscrite antérieurement en vertu de la loi applicable ou d'une autre loi provinciale, ni qu'elle peut être confondue avec une telle désignation;

   (iii) est proposée par un groupe professionnel qui peut satisfaire à certaines normes minimales quant à sa régie et à sa structure internes.

f) prévoir que les normes minimales concernant les groupes professionnels doivent convaincre le registraire de leur capacité de prescrire, de mettre en vigueur et de maintenir des exigences quant aux qualités requises, aux règles d'éthique, à une procédure de grief et à un mécanisme disciplinaire;

g) prévoir que chaque groupe doive, pour démontrer sa capacité constante de faire observer les normes mentionnées ci-dessus, déposer au registraire un rapport annuel accessible au public; un tel rapport doit énumérer les administrateurs élus de chaque groupe inscrit, contenir un état financier vérifié, le nombre de membres, un résumé des plaintes reçues contre les membres - indiquant la source et la

nature des plaintes - et les décisions prises sur chaque plainte, incluant un sommaire de toutes les procédures disciplinaires en cause;

h) prévoir un droit d'appel à la Cour divisionnaire à toute partie lésée par une décision du registraire d'inscrire, de refuser d'inscrire ou de radier une désignation professionnelle;

i) prévoir l'imposition de droits d'inscription initiaux ainsi que de droits annuels afin de permettre au régime de s'autofinancer en tout ou en partie.

13.2 A l'avenir, toutes les demandes d'un corps professionnel de délivrer des licences pour le droit exclusif d'exercice seront examinées par un comité spécial d'enquête, nommé par décret, qui aurait la responsabilité de mener une enquête publique sur ces demandes et d'en faire rapport au lieutenant-gouverneur en conseil."

Ce régime a été conçu en vue de "permettre une accessibilité relativement étendue à un système d'agrément autonome". Bien que le Comité ne recommande qu'un examen sérieux de l'imposition d'une réglementation, un tel examen devait se faire en prenant en considération les recommandations du Professionnal Organization Committee et en tenant compte que la réglementation n'équivaut pas à la délivrance de licences.

Sur la question des qualités requises du médiateur, Fran Kiteley a fait la remarque suivante:

"En commentant les Conclusions 7, 33 et 34, j'ai exprimé certaines réserves au sujet du rôle du médiateur et des avocats indépendants. Je ne peux accepter la Conclusion 38 que si les médiateurs qui n'ont pas de formation et d'expérience en droit ne traitent pas lors de la médiation (sauf s'ils font équipe avec un avocat médiateur) des questions des biens et d'obligations alimentaires."

Le Comité recommande donc ce qui suit:

<u>Conclusion 38</u>. Les qualités des médiateurs et leurs normes de déontologie sont d'une importance fondamentale pour cette méthode parallèle de règlement des conflits. Par conséquent, les médiateurs devraient être reconnus et assujettis à une réglementation dans un cadre visant à protéger les consommateurs. L'Association ontarienne pour la médiation familiale et Médiation familiale Canada devraient s'assurer que les méthodes d'agrégation et la réglementation soient élaborées en consultation avec le gouvernement et les autres groupes

concernés. Si la médiation doit devenir une nouvelle profession commandant le respect, cette consultation doit surtout porter sur la formation théorique et pratique, les stages et les normes de déontologie.

Conclusion 39. Il est essentiel que les associations de médiateurs voient à l'élaboration de cours complets pour donner aux médiateurs une formation à la fois théorique et pratique. Elles doivent s'assurer que ces cours soient offerts dans les universités, les collèges communautaires et autres institutions reconnues.

Conclusion 40. Tout projet de réglementation devrait notamment porter sur les normes d'enseignement et les qualités requises des médiateurs, le droit exclusif d'exercice accordé par licence par opposition au titre réservé par agrément, la formation permanente, la discipline et les assurances.

(xii) Financement des services de médiation

En matière de financement des services de médiation, le Comité a identifié deux questions:

1. les sources possibles de financement de la médiation,

2. la répartition des fonds aux services de médiation.

1. Les sources de financement.

La demande en matière de médiation en droit de la famille a augmenté pour plusieurs raisons. Cependant, les augmentations proviennent en grande partie de dispositions comme celles qui ont été récemment incorporées dans la Loi sur le divorce. Les avocats sont maintenant obligés d'examiner la possibilité de médiation avec leurs clients. Selon le Comité, cela entraîne, pour le gouvernement fédéral, une nette obligation d'assumer la principale responsabilité financière pour la prestation des services de médiation, non seulement en Ontario, mais partout au Canada où la demande existe. Le Comité est au courant des différentes formules par lesquelles les gouvernements fédéral et provinciaux peuvent calculer leur part respective de financement pour les différents services juridiques.

De même façon, le gouvernement de l'Ontario doit assumer sa responsabilité pour la prestation des services de médiation. La Loi portant réforme du droit de l'enfance et la Loi de 1986 sur le droit de la famille contiennent des dispositions portant sur la médiation et, sans aucun doute, contribuent à cette demande.

Il faut prendre sérieusement en considération la participation des usagers au financement par l'imposition du ticket modérateur. Plusieurs clients sont en mesure de contribuer à l'utilisation des services de médiation et on devrait soit les encourager à le faire soit les obliger. On pourrait utiliser une échelle mobile pour établir les droits à exiger des usagers.

Le Comité incite les gouvernements du Canada et de l'Ontario à entreprendre des négociations aussitôt que possible pour étudier les différentes méthodes de financement de la médiation en droit de la famille. Cette étude devrait inclure la possibilité de la participation des parties elles-mêmes au financement des services de médiation. Le travail préliminaire à cet égard pourrait être entrepris par le Comité fédéral-provincial sur la politique en droit de la famille. De cette façon, toutes les provinces pourraient profiter ces négociations et pourraient assurer une certaine uniformité dans la prestation des services de médiation à l'échelle nationale.

2. La répartition des fonds aux services de médiation.

Le Comité a examiné la méthode de financement des cliniques communautaires en Ontario. Après avoir comparé cette méthode avec d'autres formules, comme le financement direct des services fournis aux particuliers, le Comité est d'avis qu'un modèle semblable soit adopté pour le financement des services de médiation.

Ce qui suit est une description du financement des cliniques d'aide juridique en Ontario.

"Des cliniques communautaires ont été mises sur pied depuis 1976 par le Régime d'aide juridique de l'Ontario. Par cette décision de financer des cliniques d'aide juridique, la Société du barreau reconnaissait qu'il y avait de sérieuses lacunes dans la prestation des services aux citoyens à faible revenu par les membres du Barreau et le programme de certificats fourni par le Régime. Parmi ces lacunes, on mentionne les suivantes:

1. Un manque de services juridiques dans des secteurs importants du droit social, notamment l'assurance-chômage, les accidents de travail, le bien-être social et les relations entre locateur et locataire.

2. Un manque d'accès aux services juridiques existants pour des raisons reliées à la pauvreté, notamment par ignorance du service juridique offert et par le défaut d'identifier les questions relatives à la pauvreté comme étant des questions juridiques.

3. Un manque de services juridiques non traditionnels particulièrement importants aux citoyens à faible revenu, notamment la vulgarisation juridique dans les domaines du droit de la pauvreté, la défense des intérêts des groupes devant les organismes réglementaires et les activités en matière de réforme du droit en vue de protéger les intérêts juridiques des pauvres....

Le financement des cliniques communautaires d'aide juridique indépendantes est exercé conformément au Règlement sur le financement des cliniques (Partie III des Règlements pris en application de la <u>Loi sur l'aide juridique</u>) lequel est reproduit à la fin de cette partie. En vertu de ce règlement, le Comité de financement des cliniques, qui a la responsabilité générale du financement, est composé de cinq membres. Trois sont nommés par la Société du barreau du Haut-Canada et deux par le procureur

général. Au moins un des membres nommés par la Société du barreau et un par le procureur général doivent être des personnes qui ont été associées avec des cliniques d'aide juridique...

Les demandes de financement doivent établir le besoin de cliniques d'aide juridique dans la collectivité (avec des preuves à l'appui apportées par des représentants de la collectivité) ainsi que l'existence d'un conseil d'administration régulièrement constitué (ou dans le cas d'une clinique reliée à l'université, l'existence au sein de la faculté d'un organisme décisionnel). Les cliniques doivent démontrer leur capacité de fournir des "services juridiques ou parajuridiques ou les deux sur une base autre que celle d'honoraires pour services rendus" selon la définition du Règlement...

Un élément important de la clinique communautaire d'aide juridique est le contrôle exercé par la collectivité. Le Règlement sur le financement des cliniques définit une "clinique" comme "un organisme communautaire indépendant". Chaque clinique (excepté quatre qui sont rattachées à des universités) est régie par un conseil d'administration local qui inclut des représentants choisis parmi les personnes à faible revenu dans la collectivité. Les cliniques doivent établir des procédures publiques et démocratiques pour l'élection des membres du conseil. La structure permet un degré de contrôle local sur les décisions importantes concernant l'évaluation des besoins en matière juridique et la répartition des ressources juridiques de manière à mieux répondre à la situation locale que ne le pourrait une structure où le processus décisionnel serait centralisé.

Le contrôle communautaire des cliniques s'exerce dans un cadre de normes et de politiques établies par le Comité de financement des cliniques de la Société du barreau du Haut-Canada, conformément à l'article 6 du Règlement sur le financement des cliniques. Les normes assurent la qualité des services juridiques et l'obligation de rendre compte des fonds de l'aide juridique; elles empêchent aussi le double emploi avec les services déjà offerts dans le cadre des certificats du Régime d'aide juridique de l'Ontario. (Voir aussi le Règlement 59/86 dans les documents à l'appui.)

Une caractéristique importante de ce mode de financement serait le contrôle centralisé des services de médiation offerts dans la province. Pour obtenir des fonds, le comité d'administration d'une collectivité devrait convaincre le "Comité du financement de la médiation" que le modèle proposé par ce rapport sera accessible à la collectivité locale.

Le Comité de financement de la médiation comprendrait des représentants du gouvernement, des médiateurs, des avocats et

des autres groupes intéressés. Il serait notamment responsable de:

- la mise sur pied de services de médiation
- l'évaluation centrale des services établis
- l'examen des propositions des collectivités pour les services de médiation
- des décisions quant aux besoins de financement des différents services
- l'établissement de directives
- de la conformité des services offerts avec le modèle de médiation de base.

Le Comité est d'avis que des services de médiation conformes au modèle qu'il propose devraient être disponibles dans l'ensemble de la province lorsque la demande et les besoins le justifient.

Le Comité recommande donc ce qui suit:

Conclusion 41. Les gouvernements fédéral et provincial devraient partager le coût du financement du modèle de médiation proposé par le Comité. Il faudrait tenir compte dans l'examen des besoins de financement, de la possibilité d'imposer un ticket modérateur.

Conclusion 42. Bien que la responsabilité du financement doive être partagée, la mise en application du modèle de médiation proposée par ce Comité ne devra pas être retardée dans l'attente du résultat de négociations fédérales-provinciales sur le sujet.

Conclusion 43. Le Comité fédéral-provincial sur la politique en droit de la famille devrait se pencher, dans les meilleurs délais, sur la mise sur pied de modes préliminaires de financement des services de médiation.

Conclusion 44. Le modèle de médiation proposé par le Comité devrait être disponible dans l'ensemble de la province lorsque la demande et les besoins le justifient.

Conclusion 45. Les services de médiation devraient être offerts, financés et organisés de façon semblable au régime de financement des cliniques d'aide juridique de sorte que les conseils d'administration des différentes collectivités seraient chargés de faire des propositions quant aux services de médiation à offrir dans leur localité. Pour être examiné par le "Comité de financement de la médiation", le service de médiation proposé devra se conformer aux normes de base du modèle de médiation établies par le Comité.

Conclusion 46. Le Comité de financement de la médiation serait composé de représentants du gouvernement, de médiateurs, d'avocats et d'autres groupes intéressés. Ce comité (doté d'un personnel de soutien) serait chargé de la mise sur pied et de l'évaluation centrale des services de médiation approuvés. Le comité examinerait lui-même les propositions de services de médiation faites par les collectivités, déterminerait le mode de financement, établirait les politiques et s'assurerait qu'elles sont conformes avec le modèle de médiation et surveillerait l'évaluation prévue à la Conclusion 47.

(xiii) Évaluation des services de médiation

Le Comité a consacré beaucoup de temps à l'élaboration du modèle qu'il a recommandé et il est d'avis qu'une évaluation continue est essentielle au développement de ce mode de règlement des conflits.

Le Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario de l'honorable Juge Zuber sous-estime l'importance d'une évaluation de l'ensemble des services juridiques et judiciaires. Dans son rapport, il recommande un système confidentiel du rendement des juges. Toutes les raisons qu'il invoque à l'appui d'une telle évaluation s'appliquent à tous les aspects de l'administration de la justice.

Le Comité est d'avis que l'évaluation des services de médiation de façon isolée serait sans valeur. Ils doivent être examinés et évalués en regard de la procédure antagonique.

Dans les conclusions de ses recherches, le professeur C. James Richardson a écrit ce qui suit:

> [TRADUCTION] "A quelques exceptions près, il ressort donc de cette recherche que la médiation produit des résultats toujours légèrement supérieurs à ceux obtenus par la négociation entre avocats ou par la confrontation devant les tribunaux et que la médiation n'a pas les conséquences négatives et imprévisibles que lui attribuent ses opposants. Par ailleurs, il semble que tant les partisans que les opposants aient fait preuve d'exagération, les affirmations des deux parties tenant davantage de la polémique que de la démonstration empirique."

Il ajoute ensuite:

> "L'absence de différences significatives entre les résultats selon qu'il y a eu ou non médiation ne signifie pas le rejet de la médiation en matière de divorce. Elle révèle plutôt que le droit de la famille est devenu un système plus humain au sein duquel les buts et les conceptions des médiateurs, des juges et des avocats sont plus en harmonie que par le passé. Le domaine de la médiation en matière de divorce a évolué et a contribué à établir un régime de divorce et de séparation bien différent de celui que la Commission de réforme du droit avait décrit et condamné il y a dix ans. Au milieu des années 1980, la médiation en matière de divorce n'est plus une innovation radicale juxtaposée à un système contradictoire traditionnel. Il serait donc surprenant que les résultats des ententes négociées par le biais de la médiation soient

très différents de ceux obtenus dans le cadre du système contradictoire actuel."

L'élaboration d'un système de justice humanitaire ne peut pas se fonder sur des polémiques. Ceux qui proposent une réforme de notre système doivent connaître les faits pour évaluer de façon juste les services et élaborer des politiques valables.

Le Comité cite les points suivants à titre d'exemples de questions qui devraient faire l'objet d'évaluation:

- la façon dont la médiation, par opposition à la procédure antagonique, traite des préoccupations relatives (i) à la violence au foyer, (ii) au déséquilibre des forces entre les conjoints, (iii) au parti pris du médiateur;

- les réactions de la collectivité et des groupes d'intérêt à l'égard des services de médiation offerts;

- une analyse comparative des coûts de la médiation et de la contestation judiciaire;

- les moments où la médiation est disponible;

- le degré de satisfaction des usagers de la médiation, par opposition à la procédure antagonique (l'évaluation devant être fondée sur les résultats de la médiation et sur des sondages parmi les clients qui y ont eu recours);

- la durée des ententes conclues par médiation par opposition aux ordonnances des tribunaux;

- les clients les plus aptes à la médiation et ceux qui le sont le moins;

- le temps nécessaire au règlement des conflits par la médiation par opposition au temps requis par la procédure antagonique;

- les avantages et les désavantages du ticket modérateur;

- les avantages des évaluations faites par un évaluateur compétent, autre que le médiateur, lorsque la médiation n'a pas abouti;

- les avantages et les désavantages de la médiation complète ou limitée;

- les incidences et les conséquences de la présence de violence au foyer;

- le besoin d'autres services de concert avec la médiation;

- les qualités requises et l'expérience des médiateurs et des avocats exerçant en droit de la famille;

Il faut noter qu'un certain nombre des questions mentionnées traitent des préoccupations soulevées au Chapitre 4 et intéressant les femmes.

Pour s'assurer que les données sont recueillies correctement, le financement des services de médiation devrait inclure un engagement de recueillir les renseignements requis. Le rassemblement de ces données garantirait la protection du caractère confidentiel des renseignements fournis par des clients.

Puisque l'évaluation est comparative, les statistiques et autres renseignements concernant la procédure antagonique seront requis. Le ministère du Procureur général est le mieux placé pour fournir ces renseignements et devrait par conséquent être le principal responsable de l'évaluation des données recueillies sur les services de médiation.

Les évaluations devraient être coordonnées par le Comité de financement de la médiation.

L'évaluation décrite ici ne doit pas être considérée comme la seule évaluation ou recherche qui devrait être faite. Les services locaux de médiation devraient être libres d'entreprendre leur propre recherche sur les questions relatives à la médiation.

Le Comité recommande donc ce qui suit:

<u>Conclusion 47</u>. L'évaluation de la médiation en droit de la famille est d'importance fondamentale et le rassemblement des données pour faire cette évaluation fait partie des services de médiation mis sur pied. L'évaluation devrait comprendre une analyse comparative complète de la médiation et de la procédure antagonique, notamment:

a) la façon dont la médiation, par opposition à la procédure antagonique, traite des préoccupations relatives
   (i) à la violence au foyer,
   (ii) au déséquilibre des forces entre les conjoints,
   (iii) au parti pris du médiateur;

b) les réactions de la collectivité et des groupes d'intérêt à l'égard des services de médiation offerts;

c) une analyse comparative des coûts de la médiation et de la contestation judiciaire;

d) les moments où la médiation est disponible;

e) le degré de satisfaction des usagers de la médiation, par opposition à la procédure antagonique (l'évaluation devant être fondée sur les résultats de la médiation et sur des sondages parmi les clients qui y ont eu recours);

f) la durée des ententes conclues par médiation par opposition aux ordonnances des tribunaux;

g) les clients les plus aptes à la médiation et ceux qui le sont le moins;

h) le temps nécessaire au règlement des conflits par la médiation par opposition au temps requis par la procédure antagonique;

i) les avantages et les désavantages du ticket modérateur;

j) les avantages des évaluations faites par un évaluateur compétent, autre que le médiateur, lorsque la médiation n'a pas abouti;

k) les avantages et les désavantages de la médiation complète ou limitée;

l) les incidences et les conséquences de la présence de violence au foyer;

m) le besoin d'autres services de concert avec la médiation;

n) les qualités requises et l'expérience des médiateurs et des avocats exerçant en droit de la famille.

<u>Conclusion 48</u>. Toute proposition faite au Comité de financement de la médiation pour obtenir des fonds pour des services de médiation doit inclure un engagement de rassembler les données (tout en respectant le caractère confidentiel des renseignements obtenus des clients) pour aider à l'évaluation des éléments décrits à la Conclusion 47.

<u>Conclusion 49</u>. L'évaluation des données recueillies par les services de médiation devrait incomber d'abord au ministère du Procureur général et être coordonnée par le Comité de financement de la médiation. Les services locaux devraient aussi être en mesure d'entreprendre leurs propres recherches sur les questions reliées à la médiation.

Note: Les autres recommandations du Comité (les Conclusions 50 à 52) figurent au Chapitre 7 portant sur les questions connexes.

Rapport du Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille

CHAPITRE 6

LE CENTRE DE MÉDIATION: UN MODELE

Dans le présent chapitre, le Comité offre une description plus détaillée du service de médiation proprement dit. Il est désigné sous le nom de Centre de médiation. Pour le décrire, le Comité a retenu les six grandes divisions suivantes:

A. Les objectifs du Centre de médiation;
B. Les installations du Centre de médiation;
C. La direction et le personnel du Centre de médiation;
D. La tâche du Centre de médiation;
E. Les ressources du Centre de médiation;
F. L'évaluation du Centre de médiation.

Même si cette description est présentée séparément des conclusions du Comité et les chevauche dans certains cas, les commentaires qui suivent devraient être considérés comme faisant partie des recommandations du Comité en matière de médiation en droit de la famille.

A. Les objectifs du Centre de médiation

Le Comité était d'avis qu'il conviendrait d'énoncer les objectifs de la médiation afin de faire ressortir le but d'un service aussi unique. Le Centre de médiation, a-t-on convenu, fournirait à la collectivité des services de médiation complets et sur une base volontaire. Ils seraient par conséquent disponibles pour traiter de toutes les questions de la famille, sous réserve des restrictions touchant la violence au foyer, comme il en a déjà été question au Chapitre 5. Une fonction importante du Centre de médiation serait son rôle de vulgarisation juridique et, notamment, en rendant le public plus conscient de l'existence de la médiation et en faisant connaître sa présence dans la collectivité. Le Centre de médiation permettrait aussi de faire une évaluation en profondeur du rôle de la médiation en droit de la famille. Ceci ferait nécessairement ressortir les avantages et les désavantages du Centre et amènerait la mise en avant, si nécessaire, de solutions. Le Centre de médiation ne doit pas simplement servir à démontrer la valeur de la médiation mais il doit aussi fournir l'occasion d'en faire une analyse critique.

B. Les installations du Centre de médiation

Le Comité voudrait faire de brefs commentaires sur la localisation et l'organisation physiques du Centre de médiation. La médiation repose sur la création d'une atmosphère propice aux négociations et les installations sont par conséquent importantes pour créer cette ambiance.

Si les services de médiation doivent être offerts à toutes les étapes, c'est-à-dire avant le commencement des procédures judiciaires, pendant l'instance et après, il est important que le Centre soit situé près des tribunaux. Le Comité n'estime pas qu'il soit absolument nécessaire que le Centre de médiation soit logé au même endroit que les tribunaux judiciaires bien que cela soit souhaitable. Sa situation près des tribunaux de la famille serait toutefois acceptable.

Si l'on s'attend que les clients de la médiation négocient dans une atmosphère propice à la résolution de leurs problèmes familiaux, le Centre de médiation doit offrir des heures flexibles qui permettent aux clients de se rencontrer aux moments qui leur conviennent. Par conséquent, le Comité a conclu que le Centre de médiation devra avoir des heures d'ouverture prolongées qui se traduiraient par des heures flexibles pour le personnel.

Le personnel du Centre de médiation devrait disposer de bureaux individuels fermés en raison du caractère confidentiel et privé de leur travail et encore une fois, pour créer l'atmosphère nécessaire à des négociations fructueuses.

Il devrait ressortir clairement des recommandations déjà faites que le processus de sélection est d'importance primordiale au succès du Centre de médiation. Il est nécessaire que les installations pour cette sélection permettent la tenue de séances privées sans interruption.

Un service de médiation fructueux devrait viser un haut degré d'interaction parmi son personnel. Pour permettre cette interaction et la formation sur les lieux, il devrait y avoir une grande salle de conférence sur place. Cette salle pourrait aussi servir aux réunions du conseil d'administration de la collectivité aussi bien que de salle de réunion pour l'ensemble du public lorsqu'elle ne sert pas à la médiation.

Un des premiers objectifs de la médiation était de fournir une méthode plus humaine de règlement des conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite. Ceci demeure toujours un élément important du service de médiation. Comme les enfants sont nécessairement des parties à la médiation et peuvent même rencontrer à l'occasion les médiateurs, il

devrait y avoir une garderie au Centre de médiation. On pourrait y laisser les enfants pendant que les parents participent à la médiation au Centre. La garderie contribuerait ainsi à augmenter la clientèle du Centre si les parents pouvaient se faire accompagner de leurs enfants pendant que les négociations se poursuivent.

C. Le personnel et la direction du Centre de médiation

La gestion du Centre lui-même devrait être confiée à un directeur. Le directeur devrait être assisté par le conseil d'administration de la collectivité composé des représentants de la magistrature, du barreau local ainsi que du public. Le directeur pourrait, par l'intermédiaire de ce conseil d'administration, assurer la liaison du Centre avec chacun de ces groupes importants.

Le Centre de médiation devrait compter sur des médiateurs à plein temps. Si les médiateurs à plein temps ne suffisent pas à la tâche, le Centre devra avoir recours à d'autres médiateurs, dont les honoraires seraient payés sur une base contractuelle. Il peut aussi être important d'avoir recours à des médiateurs spécialisés dans certains cas ou encore pour permettre de continuer des rapports déjà établis entre un médiateur et un client.

Bien que des commentaires aient déjà été faits dans le présent rapport au sujet des qualités des médiateurs, le Comité désire réitérer que les normes minimales pour les médiateurs devraient être celles établies par l'Association de l'Ontario pour la médiation familiale et Médiation familiale Canada. Bien que ces deux associations aient fait des efforts pour créer des programmes de formation à l'intention des médiateurs en matière de violence au foyer, d'exploitation sexuelle et de déséquilibre des forces entre les parties, le Comité insiste pour que tous les médiateurs et les responsables de la sélection reçoivent une formation dans ces domaines afin de les aider à servir les clients qui peuvent avoir vécu ces expériences ou être dans ces situations.

Le Centre offrirait un service de médiation complet et, par conséquent, s'occuperait des différends relatifs aux biens. Des conseillers financiers devraient être désignés dans la collectivité pour aider tant les clients que les médiateurs à régler ces différends. Les honoraires de ces conseillers, dont les services seraient retenus directement par les clients, devraient être payés sur une base contractuelle.

Les recommandations précédentes montrent clairement que la vulgarisation juridique peut être une fonction importante du Centre de médiation dans la collectivité. Un avocat devrait

faire partie du personnel du Centre de médiation pour fournir des services de vulgarisation juridique à la collectivité et des services de formation juridique au personnel du Centre. L'avocat ne devrait ni conseiller ni représenter les conjoints qui ont recours au Centre. L'avocat serait chargé de la vulgarisation juridique en matière de droit de la famille et de médiation ainsi que de la formation permanente du personnel en matière du droit de la famille. Cet avocat pourrait même être aidé par des étudiants en droit, dont le travail pourrait leur donner des crédits pour l'obtention de leur diplôme en droit ou en médiation.

Le conseil d'administration de la collectivité devrait avoir la tâche d'entendre plaintes reçues de la magistrature, du bureau local ou des clients de la médiation et de prendre les mesures en conséquence. Il n'y a pas de doute qu'à ses débuts, le Centre de médiation devra écouter les commentaires reçus des usagers. Il s'agit là d'un élément important de l'évaluation du Centre.

Le Centre devra se doter du personnel de soutien et d'administration nécessaire pour que les médiateurs se consacrent entièrement à la médiation.

Au sujet de la direction du personnel du Centre, Fran Kiteley a écrit les commentaires suivants:

> Cette partie du modèle proposé permettrait à des médiateurs non juristes et à des conseillers financiers de participer à la médiation relative aux biens et aux aliments. Pour les raisons indiquées ci-dessus on ne devra pas permettre une telle participation.
>
> Le modèle devrait préciser clairement que seuls les médiateurs qui sont avocats - ou des équipes formées d'un médiateur avocat et d'un médiateur non juriste - participent à la médiation en matière de biens et d'aliments. Si le médiateur organise des séances avec des actuaires, des comptables ou des évaluateurs (c'est-à-dire des conseillers financiers selon le terme utilisé dans le modèle) ou y participe, le mandat de ces derniers doit être précisé clairement à l'avance. Si la matière est suffisamment complexe pour nécessiter le recours aux conseillers financiers, les clients devraient normalement avoir des conseillers juridiques indépendants et ces derniers devraient être consultés dans la formulation des questions et de la procédure de médiation. La <u>Loi sur le droit de la famille</u> n'est en vigueur que depuis trois ans. La question la plus importante qui a été soulevée dans cette loi est le critère d'évaluation des biens. Très peu d'affaires ont été

décidées par la Cour d'appel. Par conséquent, la jurisprudence en ce domaine n'est pas encore établie.

Il existe un grave danger que la médiation de ces questions complexes puissent causer préjudice aux clients.

Je regrette de ne pas avoir de solution à offrir. Qu'il me suffise de dire que cette partie du modèle nécessite une étude plus approfondie pour qu'on puisse l'aborder de façon plus globale.

D. La tâche du Centre de médiation

Comme nous l'avons mentionné dans la première partie relative aux objectifs, des services de médiation complets doivent être fournis sur une base volontaire. C'est-à-dire que les services offerts doivent traiter des questions de garde, de droit de visite, d'obligation alimentaire, de partage des biens et de divorce. La médiation devrait être disponible pour à peu près toutes les questions touchant les conflits familiaux à l'exception de la violence au foyer et des infractions relatives à la famille. Par exemple, la médiation ne devrait pas être disponible dans les cas d'infractions prévus à la Loi portant réforme du droit de l'enfance ou à la Loi sur le droit de la famille pas plus que dans les cas d'agression contre des membres de la famille. Ces cas doivent faire l'objet de poursuite selon les voies régulières.

Le Centre de médiation devrait être en mesure d'offrir ses services aux clients avant que des procédures judiciaires soient intentées. Il doit aussi être accessible aux personnes qui ont déjà introduit une instance mais qui cherchent une solution de rechange ainsi que lorsque l'instance est terminée. Souvent, des différends éclatent après que les procédures judiciaires sont terminées et la médiation devrait alors être accessible aux parties.

Comme on l'a déjà mentionné, le personnel de médiation devrait encourager le recours à des conseillers juridiques à toutes les étapes et particulièrement avant la signature de toute entente.

Le Centre de médiation devrait aussi agir à titre de service de renvoi aux avocats spécialisés en droit de la famille dans la collectivité. La liste de ces avocats devrait être établie par le conseil d'administration de la collectivité de concert avec la Section de l'Ontario de l'Association du Barreau Canadien et la Société du barreau du Haut-Canada. Les avocats qui sont des spécialistes en droit de la famille devraient être inscrits sur la liste s'ils en manifestent le désir.

Ces services de vulgarisation juridique sont un complément normal des recommandations du Comité visant à imposer la participation à au moins une séance de vulgarisation.

Le Centre aurait aussi pour tâche d'offrir ses services de vulgarisation juridique au public et de formation en médiation et en droit de la famille au personnel. C'est pourquoi le Centre devrait avoir son propre équipement audiovisuel pour fournir ces services.

Le Centre de médiation devrait offrir des cours semblables à ceux offerts par la Cour suprême de l'Ontario et intitulés "Expérience de la séparation et du divorce". Ces séances de formation devraient être offertes à un coût raisonnable et disponibles de façon continue et durant toute l'année, aux moments qui conviennent au public.

Les services d'évaluation constituent un facteur important dans la prise de décision relative à la garde et au droit de visite. Si ces services sont disponibles dans la collectivité, le Centre devrait y avoir recours. En l'absence de tous ces services dans la collectivités où est situé le Centre, celui-ci devra examiner sérieusement la possibilité de les offrir.

Comme le Centre de médiation serait doté d'une garderie, il faudrait examiner aussi sérieusement son utilisation comme lieu où peuvent s'exercer des droits de visite sous surveillance. Le Centre pourrait aider les parents en leur fournissant un terrain neutre pour recueillir et déposer les enfants et en assurant cette surveillance, que le droit de visite découle d'une ordonnance du tribunal ou d'une entente entre les parents.

Selon son emplacement, le personnel du Centre de médiation doit être sensibilisé aux besoins linguistiques de la collectivité ainsi qu'aux besoins de ceux qui souffrent d'handicaps. Le Centre de médiation doit prévoir des services d'interprétation dans la collectivité. Le matériel de vulgarisation juridique doit être fourni dans plusieurs langues lorsque les circonstances l'exigent.

E. Les ressources du Centre de médiation

Un Centre de médiation du genre proposé par le présent Comité ne peut être mis sur pied que s'il est financé par les gouvernements. Le financement devrait venir à la fois du gouvernement fédéral et du gouvernement provincial tout en examinant la possibilité de demander un ticket modérateur selon une échelle mobile.

Bien que les services du Centre puissent être gratuits dans certains cas, les clients devraient payer les coûts des experts du secteur privé retenus pour les questions de garde et de droit de visite ainsi que pour les évaluations concernant le partage des biens.

Le Centre de médiation devrait aussi être en mesure d'aider les clients en leur fournissant les renseignements nécessaires sur la disponibilité des services d'aide juridique. Toutes les demandes de conseils juridiques indépendants devraient être renvoyés aux avocats du secteur privé de la localité. Les clients devraient être responsables des honoraires de leurs avocats et s'occuper de leur propre demande d'aide juridique.

F. L'évaluation du Centre de médiation

Le Comité est d'avis que l'évaluation constitue un élément important des objectifs du Centre. Le Centre devrait être doté d'un système informatisé pour garder à jour ses dossiers et recueillir les statistiques. L'évaluation du Centre devrait porter sur tous les points décrits dans les conclusions précédentes.

Conclusion

Comme il a été mentionné au début du présent chapitre, les commentaires ci-dessus visent à fournir une description détaillée du Centre mais non pas nécessairement exhaustive. Ces commentaires devraient être considérés comme faisant partie des recommandations du Comité quant à la mise sur pied d'un Centre de médiation.

Note: Les dissidences exprimées dans le rapport par la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario, représentée par Fran Kitely et Judy Ryan s'appliquent, le cas échéant, au modèle décrit ci-dessus.

Rapport du Comité consultatif du procureur général sur la médiation en droit de la famille

CHAPITRE 7

QUESTIONS CONNEXES

(i) Médiation et droit de visite

Dans son étude sur la médiation, le professeur C. James Richardson soulignait que "les avocats, les médiateurs, les juges et, parfois, les clients eux-mêmes, reconnaissent que la question du droit de visite est presque toujours litigieuse et a tendance à le demeurer longtemps après la décision finale".

L'Ontario a récemment déposé le Projet de loi 124 pour modifier la Loi portant réforme du droit de l'enfance. Ces modifications proposent de nouveaux recours importants en matière du droit de visite tant pour le conjoint qui a la garde que pour celui qui ne l'a pas. Le projet de loi est annexé à la documentation. Il énonce spécifiquement que la médiation est une mesure, parmi plusieurs, qui peut faire l'objet d'une ordonnance pour aider à l'exécution des droits et obligations découlant du droit de visite.

Des faits de plus en plus nombreux démontrent que la médiation est particulièrement efficace pour aider les parents qui connaissent des difficultés en matière de droit de visite.

Dans une évaluation, faite en 1985, des services de médiation de la Cour provinciale, (Division de la famille) au 311 rue Jarvis à Toronto, faite par les Services de recherche du ministère du Procureur général, on a conclu que la question la plus fréquemment référée à la médiation était le droit de visite (80 p. 100). L'évaluation a aussi conclu que le règlement des différends portant sur la garde et le droit de visite connaissaient plus de réussite par la médiation que ceux portant sur l'obligation alimentaire. Cinquante et un pour cent de ceux qui ont soumis un différend sur le droit de visite en sont arrivés à une entente complète. Un autre 7 p. cent a abouti à une entente partielle.

Le professeur Richardson a fait les commentaires suivants à l'égard du droit de visite:

> [TRADUCTION] "S'il est un rôle qui convient aux services de médiation et de consultation auprès des tribunaux, c'est

celui d'organiser un régime de garde réaliste qui, d'une part, permet au parent qui n'a pas la garde de rester en contact avec ses enfants tout en permettant au parent responsable de la garde de se libérer pendant un certain temps de ses responsabilités parentales et, d'autre part, qui permet à ce dernier d'organiser sa vie et celle de ses enfants de façon prévisible. De nombreuses personnes interrogées ont exprimé le besoin d'obtenir des services de consultation en matière de droit de visite après le divorce ou la séparation, même s'ils avaient éprouvé peu de problèmes pour régler les questions de garde, de pension alimentaire et de partage des biens. Cette question a surtout été soulevée par le petit groupe de personnes qui tentaient de s'entendre sur la garde conjointe et le partage du rôle parental. De même, les clients de l'Étude de Winnipeg ont estimé que la médiation a grandement contribué à la résolution des problèmes d'accès et de droit de visite."

Bien que le Comité n'ait pas discuté longuement de la question du droit de visite, il a examiné la question de l'exercice de ce droit sous surveillance. Aux termes du projet de loi 124, "l'ordonnance de droit de visite surveillée" serait un autre moyen d'exécution.

La <u>Loi portant réforme du droit de l'enfance</u> mentionne ce qui suit au sujet de la surveillance de la garde et du droit de visite:

"35.-- (1) Si une ordonnance accordant la garde ou le droit de visite est rendue, le tribunal peut donner à une personne, à une société d'aide à l'enfance ou à un autre organisme les directives qu'il juge appropriées relativement à la surveillance de la garde ou du droit de visite.

(2) Le tribunal ne doit donner des directives relativement à la surveillance de la garde du droit de visite que si la personne, la société ou l'organisme consent à exercer cette fonction. 1982, chap. 20, art. 1, <u>en partie</u>."

Un certain nombre de services ont surgi pour offrir des installations permettant la surveillance du droit de visite, c'est-à-dire un terrain neutre où le père ou la mère peuvent déposer et recueillir les enfants de façon à réduire les contacts non désirés. Ces installations offrent aussi à ceux sur qui peuvent peser des soupçons de mauvais traitements, l'occasion de voir leurs enfants.

Bien que cette question ne fasse pas partie de son mandat, le Comité considère qu'un tel service devrait normalement

s'intégrer dans le modèle de médiation proposé. Un examen plus approfondi de la surveillance du droit de visite devrait être entrepris aussitôt que possible.

Le Comité recommande donc ce qui suit:

Conclusion 50. Les services de médiation devraient être encouragés à jouer un rôle important à l'égard du droit de visite des enfants. Ces services devraient disposer d'un local pour assurer la surveillance des droits de garde et de visite et servir d'endroit où les enfants peuvent être recueillis et laissés pour l'exercice du droit de visite.

(ii) Les cliniques en droit de la famille

Comme il ressort des recommandations du Comité, particulièrement celles relatives à la vulgarisation juridique en matière de droit de la famille dans le cadre des services de médiation, il semble clair que ces services devraient éventuellement devenir des cliniques portant sur toutes les questions du droit de la famille. Ces dernières pourraient fournir à la collectivité une vaste gamme de services dans le domaine.

Le Comité recommande donc ce qui suit:

Conclusion 51. Les gouvernements et les groupes intéressés devraient examiner plus à fond le besoin d'établir des cliniques d'aide juridique de type communautaire pour tout ce qui touche au droit de la famille.

(iii) L'arbitrage en droit de la famille

Au cours de la dernière année, on a porté un intérêt accru au recours à l'arbitrage en général mais particulièrement en matière de conflits familiaux. Bien que le rôle et la fonction de l'arbitrage ne relevaient pas du mandat du Comité, ses membres ont jugé à propos de faire certains commentaires sur le sujet.

L'extrait suivant du Report of the Attorney General's Advisory Committee on an International Arbitration Centre donne une description générale de l'arbitrage.

> [TRADUCTION] Arbitrage
>
> L'arbitrage est une méthode de régler les différends privément, c'est-à-dire sans passer par les tribunaux. Les parties à un différend peuvent s'entendre pour le régler par arbitrage plutôt que par voie judiciaire. Elles choisissent alors un ou plusieurs arbitres ainsi qu'un endroit où aura lieu l'arbitrage et elles s'entendent sur les règles qui régiront la procédure. La plupart des arbitrages en Ontario sont effectués sous le régime de la Loi sur l'arbitrage, L.R.O., 1980, chap. 25, laquelle fournit un cadre de base qui contient des dispositions pour l'exécution des sentences arbitrales par les tribunaux si les parties refusent de s'y conformer volontairement.
>
> Plusieurs raisons peuvent motiver les parties à un conflit d'opter pour l'arbitrage. L'arbitrage peut être plus rapide que la contestation judiciaire simplement parce que les audiences peuvent être tenues à la convenance des parties. Les parties choisissent la personne qui jugera leur conflit, ce qui peut leur être profitable en raison de l'expérience, de la compétence ou de la personnalité de l'arbitre. Les parties fixent les règles et la procédure de l'arbitrage, celles-ci pouvant donc être plus souples et mieux répondre à leurs besoins que les règles de procédure civile. L'arbitrage est une procédure privée de sorte que personne n'a à faire état des détails de son conflit en public. Bien que l'on dise que l'arbitrage est parfois moins acrimonieux que la contestation judiciaire, cela tient souvent davantage au caractère des parties et de leurs avocats qu'à la procédure choisie pour régler leurs divergences. Enfin, l'arbitrage peut être moins onéreux que les procédures judiciaires, simplement parce qu'il est plus rapide et plus simple, même si les parties doivent assumer les honoraires de l'arbitre et le coût du local où a lieu l'arbitrage, ce qu'elles n'ont pas à faire lorsqu'elles vont devant les tribunaux.

Le recours à l'arbitrage privé convient aux conflits où les questions d'intérêt public sont absentes. Les accusations de nature pénale, les questions relatives aux droits et libertés civils ainsi que le droit aux prestations d'aide sociale ne se prêtent pas à l'arbitrage privé. La forme la plus courante d'arbitrage en Ontario est certainement celle en matière de relations de travail qui est prévue par une convention collective. La loi exige que ces différends fassent l'objet d'un arbitrage plutôt que d'une contestation judiciaire. Les arbitrages commerciaux pour régler les différends en ce domaine sont plus courants dans certaines industries que dans d'autres. On y a fréquemment recours dans l'industrie de la construction, car ils permettent que les différends soient réglés par des experts sans nécessairement retarder les projets de construction en cours. Les compagnies d'assurances ont recours à l'arbitrage entre elles-mêmes pour régler les questions de responsabilité quant aux contributions de chacune au paiement des sinistres.

Un petit nombre d'arbitrages ont lieu sous le régime de certaines lois, notamment la Loi sur les condominiums et la Loi sur les arbitres municipaux.

Comme les arbitrages sont de nature privée, personne ne sait exactement le nombre de cas qui font l'objet d'arbitrage en Ontario. Néanmoins, on peut avancer sans risque que leur nombre augmentera à l'avenir. Aussi bien le public que la profession juridique cherchent des solutions de rechange pour éviter les délais et les coûts de la contestation traditionnelle et l'arbitrage est peut-être la plus connue de ces solutions. Les règles de pratique qui sont entrées en vigueur en 1985 permettent aux juges de renvoyer les parties à l'arbitrage sur certains questions faisant l'objet d'un litige...

Il est souvent question de l'arbitrage en même temps que de la médiation et de la conciliation, d'autres formules non judiciaires de règlement des conflits. L'arbitrage, bien qu'étant privé, décide du conflit sur le fond et la sentence arbitrale lie les parties. Quant à la médiation et à la conciliation, elles comportent toutes deux une recherche de solutions de compromis qui sont rarement exécutoires. Une politique favorisant des solutions de rechange au règlement des conflits va normalement proposer les trois formules. Les installations servant à l'arbitrage peuvent facilement être adaptées tant pour servir à la médiation qu'à la conciliation.

Après la publication du rapport ci-dessus, le Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario du

juge Zuber a donné lieu aux recommandations suivantes à l'égard de l'arbitrage:

> "118. Un mécanisme d'arbitrage volontaire devrait être intégré au système judiciaire. Après l'introduction d'une instance, l'une ou l'autre partie devrait pouvoir proposer que la cause soit réglée par arbitrage. Si l'une ou les autres parties acceptent, et que les parties conviennent d'un arbitre, la cause devrait être soumise à l'arbitrage. La procédure d'arbitrage devra être enregistrée et devrait se conformer aux principes de la justice naturelle mais les règles strictes touchant l'admissibilité de la preuve n'auraient pas besoin d'être observées. La sentence arbitrale, une fois rendue, devrait être déposée auprès du tribunal où la cause a été introduite et serait réputée jugement de ce tribunal susceptible d'appel à titre de jugement de ce tribunal. Les honoraires de l'arbitre devraient être payés par les parties à l'instance."

Dans son rapport intitulé "Report on Motor Vehicle Accident Compensation (Ontario), le juge Osborne renchérit comme suit:

> [TRADUCTION] "Le recours à l'arbitrage comme solution de rechange devrait être intégré à l'appareil judiciaire. Il faudrait examiner sérieusement la question de mettre sur pied une division de l'arbitrage au sein du système judiciaire. Les juges qui en feraient partie devraient manifester un intérêt dans ce domaine et le conaître à fond. Cela permettrait un arbitrage exécutoire, auquel les parties de consentement pourraient avoir rapidement recours, lorsqu'elles désirent une formule moins coûteuse. Cette mesure pourrait particulièrement être utile pour résoudre les conflits d'assurance automobile entre assurés, mais je ne vois pas de raison pour la restreindre aux problèmes relatifs à l'assurance automobile."

Le monde juridique a répondu à cette acceptation accrue de l'arbitrage et à l'augmentation de la demande en mettant sur pied plusieurs services d'arbitrage privés.

L'intérêt pour l'arbitrage n'est pas restreint à l'Ontario. Aux États-Unis, plusieurs régimes d'arbitrage rattachés aux tribunaux ont été créés. Des pays, comme le Danemark, ont traditionnellement abordé les règlements familiaux d'une façon plus administrative que judiciaire. Les tribunaux ne sont saisis des conflits qu'en cas d'échec de la médiation et de l'arbitrage.

En mars 1988, le Conseil sur le droit de la famille d'Australie a publié un rapport rédigé par le Comité sur

l'arbitrage en droit de la famille. Le rapport intitulé "Report on Arbitration in Family Law" examine quel rôle l'arbitrage peut jouer en droit de la famille et recommande la mise en vigueur d'un régime d'arbitrage pour les questions relatives au droit de la famille, régime qui serait financé par le gouvernement et placé sous la surveillance et l'administration des tribunaux.

Le rapport fait état des différents avantages et désavantages de l'arbitrage consensuel, de l'arbitrage confié par mandat et de l'arbitrage rattaché aux tribunaux.

L'institut de recherche et de réforme juridiques de l'Alberta a aussi publié un rapport intitulé "Toward a New Arbitration Act for Alberta - Issue Paper No.1 . Bien que ce rapport ne porte pas spécifiquement sur l'arbitrage en droit de la famille, ses recommandations s'appliquent tout aussi bien à ce domaine.

Cette méthode parallèle de règlement des conflits est vouée à un grand avenir et devrait faire l'objet d'une étude plus poussée pour en préciser le rôle et la fonction, ses conséquences pour les familles, et pour examiner si une réforme législative est nécessaire.

Le comité fait la recommandation suivante :

Conclusion 52. La fonction de l'arbitrage en droit de la famille et le besoin, le cas échéant, d'une réforme législative devraient faire l'objet d'une étude plus approfondie.